# Das Besitzrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

**Hans Frhr. v. Watter**

Referendar in Stuttgart

1928

Druck von Friedrich Find in Plieningen.

Referent: Prof. Dr. A. B. Schmidt.

---

Tag der mündlichen Prüfung: 26. VI. 1928.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

*Meinem lieben Vater*

# Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung . . . . . 11

**1. Hauptteil**
**Der Besitz am Kindesvermögen.**

A. Die regelmässige Gestaltung der Besitzlage.

§ 2. Die elterliche Gewalt und die gesetzlichen Grundlagen des Besitzrechts . . . . . 16

§ 3. Die verschiedenen Ansichten in der Literatur 19

§ 4. Stellungnahme des Verfassers . . . . . 23

B. Besondere Gestaltung der Besitzlage

§ 5. Die Besitzverhältnisse bei Ausschliessung des Verwaltungs- bezw. Nutzniessungsrechts . . 41

§ 6. Einzelfälle (Ausnahmen) . . . . . 45

**2. Hauptteil**
**Die Besitzrechte des Gewalthabers.**

A. Im Innenverhältnis

§ 7. Das Inbesitznahmerecht . . . . . 55

B. Im Aussenverhältnis

§ 8. Die sonstigen Besitzrechte des Gewalthabers 64

# Literaturverzeichnis.


**Archiv f. bürg. Recht.**
**Archiv f. zivil. Praxis.**
**Badische Rechtsprechung.**
**Bähr,** Entwurf eines bürg. Cesetzbuches für das Deutsche Reich, in Kritischer Vierteljahrsschrift Bd. 30. S. 321 ff.
**Bartels,** Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., in Gruchots Beitr. Bd. 42, S. 645 ff.
**Bekker,** Das Besitzrecht des Entw. 2, in Iher. J. Bd. 34. S. 11 ff.
**Bendix,** Die Besitzlehre nach dem BGB., Sonderabdruck aus dem Recht 1900,
**v. Blume:** O. Opet und W. v. Blume: Das Familienrecht 3. Abschn.: Vormundschaft, erl. von W. v. Blume, Berlin 1904.
**Breit,** Geschäftsfähigkeit (1903).
**Brockhoff,** Der Begriff des ähnlichen Verhältnisses in § 855 und § 868 BGB., Diss. Breslau 1920.
**Bruns,** Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.
**Bunsen,** Einführung in das BGB.
**Derselbe,** Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche, im Arch. f. bürg. Recht. Bd. 23. S. 69 ff.
**Buhl,** Das Recht der bewegl. Sachen nach dem BGB., Berlin 1901.
**Cosack,** Lehrbuch d. deutschen bürg. Rechts 5. Aufl. 1912.
„ „ „ „ „ 8. Aufl. 1924/27, Bd. 1 u. 2.
**Crome,** System des bürg. Rechts, Bd. 3 1905.
**Denkschrift** zur Begründung der ZP-Novelle.
**Dernburg,** Bürg. Recht, 3. u. 4. Bd. 4. Aufl. Halle 1908.
**Derselbe,** Pandekten, 1. u. 2. Teil. 8. Aufl. Bearb. von Sokolowski 1912.
**Deutsche Juristenzeitung.**
**Dittenberg,** Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen 1903.
**Draganesko,** Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertretung, Berlin 1916.
**Eck-Leonhard,** Vortr. über das Recht des BGB. v. Eck, 2. Aufl., Bd 2, Berlin 1904.
**Eck,** Klara, Die elterliche Gewalt im BGB., im Arch. f. bürg. Recht Bd. 41. S. 1 ff.
**Eger,** Vertretung beim Eigentumserwerb bewegl. Sachen, Diss. 1900.
**Endemann,** Einführung in das Studium des BGB. 5. Aufl,
Lehrbuch des bürg. Rechts. 7. Aufl.
„ „ „ „ 8. u. 9. Aufl. 1905. 2. Bd., 1. Sachenrecht. 1908. 2. Bd., 2. Familienrecht.
**Enneccerus,** Eneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch d. bürg. Rechts **Bd. I, 1,** 25.—29. Aufl. 1926, **Bd. I, 2,** 23.—27. Aufl. 1926.
**Entscheidungen** des RG. in Zivilsachen.
**Ernst,** Julius: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, Diss. Heidelberg 1905.
**Falkmann,** Falkmann-Mugdan: Rechtsprechung der OLG.

**Fischer-Henle,** Das bürg. Gesetzbuch für das deutsche Reich, Handausg., 13. Aufl. München 1927.

**Förster-Eccius,** Preuss. Privatrecht, Berlin 1883.

**Förster,** Die ZPO. 3. Aufl; bearb. von Kann 1910, Bd. 2. 1925|26.

**Förtsch,** Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihren vertretenen Personen?, in Gruchots Beitr. Bd. 43. S. 545 ff.

**Fuchs,** Familienrecht, von A. B. Schmidt, J. W. Hedemann und A. Fuchs, 3. Abschn. Vormundschaftsrecht erl. von Fuchs, München 1909.

**Frank,** Der Besitzwille nach dem BGB. 1899.

**Gärtner,** Der gerichtl. Schutz gegen Besitzverlust, Breslau 1901.

**Geib,** Die Zwangsvollstreckung in's eingebrachte Gut, im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 94. S. 336 ff.

**Geissler,** Der Besitz des gesetzl. Vertreters, Würzburg 1905.

**Gierke,** Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 Sachenrecht, Leipzig 1905.

**Derselbe,** Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes f. streitiges Recht nach dem BGB. 1897.

**v. Gierke,** Julius, Bürg. Recht: Sachenrecht 1925 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften).

**Gilka,** Zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Diss. Königsberg 1921.

**Goldmann-Lilienthal,** Das BGB. 2. Aufl., Bd. 2 Berlin 1912, Bd. 3, Familienrecht 1921.

**Gotthilf,** Besitz und Eigentumserwerb an bewegl. Sachen durch den unbeauftragten Geschäftsführer. Diss. Breslau 1918.

**Gruchots** Beiträge.

**Haussmann,** Joh., Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und der Entstehung des mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB.? Diss. Münster 1927.

**Hein,** Duldung der Zwangsvollstreckung, 1911.

**Heinrichs,** Richard, Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und nach dem Recht des BGB., Diss. Rostock 1900.

**Hellwig,** Anspruch und Klagerecht.

**Heusler,** Die Gewere 1872.

**Hölder,** G., u. a.: Kommentar zum BGB., Sachenrecht von Rosenberg 1919.

**Hoos,** Heinrich, Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und dem des BGB., Erlangen 1904.

**Hübner,** Grundzüge des Deutschen Privatrechts.

**v. Jhering,** Der Besitzwille 1899.

**Jherings** Jahrbücher.

**Josef,** Erläuterungen zu den Besitzklagen des bürg. Gesetzbuchs . . ., im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 15. S. 265 ff.

**Isay,** Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900.

**Juristische Wochenschrift.**

**Kämmerer,** Die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Besitzerwerb, Diss. Halle 1908.

**Kempe,** Die Gegensätze der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemanns und Vaters. Diss. Erlangen 1906.

**Kipp,** Lehrbuch des bürgerl. Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff, 15.—17. Aufl. 2. Bd., 2. Abt.: Das Familienrecht bearb. von Kipp und Wolff.
**Klein,** Der mittelbare Besitz des BGB., Diss. 1899.
**Kniep,** Der Besitz des BGB., gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht 1900.
**Kommissionsbericht:** Heymann, Berlin 1899.
**Kress,** Besitz und Recht 1909
**Kretschmar,** Das Sachenrecht, Leipzig 1906.
**Krüger,** Ueber v. Seeler's Abhandlung: „Das Miteigentum nach dem bürg. Gesetzbuch" in Grünhuts Zeitschrift Bd. 28. S. 236 ff.
**Landsberg,** Das Recht des BGB., Berlin 1904.
**Lehmann,** Das bürgerl. Recht, Bd. 2, 2. Aufl. 1901.
**Leonhard** Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899.
**Lindemann-Sörgel,** Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1926.
**Löwenwarter,** Lehrkommentar zum BGB. 1926.
**Manigk,** Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
**Männer,** Sachenrecht, 2. Aufl., 1906.
**Matthiass:** Lehrbuch des BGB., 7. Aufl., Berlin 1914.
**Mayer-Reis-Haidlen,** Lehrbuch des Familien- und Erbrechts.
**Mengelkoch,** Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB.?, in Jherings Jahrbüchern Bd. 76. S. 90 ff.
**Mitteis,** Stellvertretung.
**Motive** zum Entwurf eines BGB. 1896.
**Mugdan,** Gesammelte Materialien zum BGB., 1899.
**Nassauer,** Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB., Diss. Heidelberg 1910.
**Neumann,** Handausgabe des BGB., 6 Aufl., Berlin 1912, 1. und 2. Bd.
**O.L.G.,** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (s. Falkmann-Mugdan).
**Opet,** Opet und W. v. Blume, Das Familienrecht, 1. Absch., Bürgerliche Ehe, erl. von O. Opet, Berlin 1906.
**Oppenheim,** Franz, Das Inbesitznahmerecht des Ehegatten, des T.V. des K.V. und des Erben. Diss. Greifswald 1919.
**Oertmann,** Zur Frage der Sicherungsübereignung, in DJZ. 1911, S. 1178.
**Derselbe,** Das Besitzrecht des Ehemanns an eingebrachtem Gut der Frau, in Jherings Jahrb. Bd. 44. S. 207 ff.
**Derselbe,** Civilistische Rundschau, im Arch. für bürgerl. Recht Bd. 17. S. 343.
**Planck,** Die Bedeutung des § 740 der Z.P.O., in DJZ. 5. Jahrg. 1900, S. 246 ff.
**Planck,** Kommentar zum BGB., 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl., Berlin 1920., 4. Bd. Familienrecht 3. Aufl.
**Pohl,** Niessbrauch und Nutzniessung nach dem BGB., Diss. Leipzig 1903.
**Protokolle** der Kommission f. d. 2. Lesung des Entw. eines BGB. 1899.
**Przibilla,** Erwerb des mitt. Besitzes durch Stellvertreter, in Jherings Jahrb. Bd. 50. S. 323 ff.
**Derselbe,** Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, in JW. 1908, S. 395
**Derselbe,** Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Diss. Bonn 1905.

**Pudor,** Ist der Veräusserer einer bew. Sache, die er dem Erwerber unter Eig.-vorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?, in JW. 1905 S. 314.
**Raape,** Besitzererwerb ohne Besitzwillen, Diss. 1901.
**Recht** 1917.
**R.G.** = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
**Reichsgerichtsräte-Kommentar** 5. Aufl., und 6. Aufl. Bd. 1. 1928.
**Regelsberger,** Stellvertretung im Besitz, in Jherings Jahrb. Bd. 44. S. 427 ff.
**Rhode,** Studien im Besitzrecht, Bd. XXI, XXII, XXIII.
**Rosenberg,** Kommentar v. Hölder G. u. a., Sachenrecht von Rosenberg 1919.
**Rosenthal,** Die rechtliche Natur der väterlichen Nutzniessung, Diss. Breslau 1908.
**v. Roth,** System des Deutschen Privatrechts, 2. Teil, 1881.
**v. Rümelin,** Das Handeln in fremdem Namen, im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 93. S. 232 ff.
**Sachsenspiegel**
**Schefold,** Die Geschäfts- und Prozessfähigkeit der Minderjährigen und das elterliche Verwaltungsrecht, im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 94. S. 305 ff.
**Schindler,** Fritz, Der Besitzerwerb durch Stellvertreter, Diss. Breslau. 1926.
**Schmidt,** Artur-Benno, Familienrecht v. A. B. Schmidt, J. W. Hedemann und A. Fuchs, 1. Absch.: Die bürg. Ehe, erl. von A. B. Schmidt, München 1907.
**v. Seeler,** Miteigentum nach dem BGB., in Jherings Jahrb. Bd. 44. S. 363 ff.
**Seufferts Archiv.**
**Seuffert,** Die ZPO. für das Deutsche Reich, 11. Aufl., München 1917.
**Siber,** Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB., in Jherings Jahrb. Bd. 67. S. 81 ff.
**Sokolowski,** Philosophie im Privatrecht, Bd. II: Der Besitz im klassischen Recht nach dem BGB., Halle 1907.
**Spahn,** Verwandtsehaft und Vormundschaft nach dem BGB., Berlin 1901.
**Sprenger,** Der Besitzdiener, Diss. Rostock 1902.
**Staudinger,** Kommentar z. bürg. Gesetzbuch, 3. Bd. Sachenrecht, erl. von Kober und 4. Bd. Familienrecht, 9. Aufl. 1926.
**Stein-Jonas,** Kommentar zur ZPO für das Deutsche Reich, 12. Aufl. 1. Bd. 1925. 2. Bd. 1926.
**Sternberg,** Väterliche Nutzniessung und Niessbrauch. Diss. Breslau 1907.
**Stolz,** Der Besitzdiener und die Stellvertretung beim Besitzerwerb Berlin. 1913.
**Strohal,** Sonderabdruck aus Jherings Jahrb. Bd. 38. S. 1 ff.: Der Sachbesitz nach dem BGB.
**Derselbe,** Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in Jherings Jahrb. Bd. 29. S. 336 ff.
**Thiesing,** Ist der Veräusserer einer bew. Sache, die er dem Erwerber unter Eig.-vorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?, im Arch. f. bürg. Recht Bd. 20. S. 241 ff.
**Thoma,** Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB., Diss. Freib. 1900.
**v. Thur,** Der allgemeine Teil des BGB. Bd. II., 2. Hälfte.
**Trendelenburg,** Der Besitzerwerb durch Stellvertretung nach gemeinem Recht und im Recht des BGB. für das Deutsche Reich, Diss. Greifswald 1904.

**Turnau-Förster,** Das Liegenschaftsrecht nach dem Deutschen Reichsgesetzbuch 2. Aufl. und 3. Aufl., Paderborn 1906.

**Ullmann,** Ist die Ehefrau mittelbare Besitzerin der zum eingebrachten Gut gehörigen Sachen, welche der Mann im Besitz hat?, im Arch. für zivil. Praxis Bd. 92. S. 306 ff.

**Derselbe,** Zur Lehre vom Besitze des Mannes am eingebrachten Vermögen beim Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung, im Arch. für bürg. Recht Bd. 22. S. 106 ff.

**Derselbe,** Das gesetzliche eheliche Güterrecht, Berlin 1904.

**Warneyers Jahrbücher**

**Wendt,** Der mittelbare Besitz des BGB., im Arch. für ziv. Praxis Bd. 87. S. 40 ff.

**Weidemann,** Der mittelbare Besitz des BGB., Berlin 1902.

**Windscheid-Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts.

**Wolff,** Lehrbuch des bürg. Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff, Bd. II, 1 Bd. II, 2. Erste Hälfte 1925

**Derselbe,** Der Mitbesitz nach dem BGB., in Jherings Jahrb. Bd. 44. S. 149 ff.

**Zacharias-Langhans,** Das Nutzniessungsrecht des Vaters am Vermögen seines Kindes, Diss. Marburg 1913.

**Zirpins,** Die Begriffsgrenze zwischen Besitzdiener u. Besitzmittler, Diss. Breslau 1927.

# Einleitung.

Einer der ältesten, schwierigsten und noch heute umstrittensten Rechtsbegriffe ist, wie schon Strohal [1]) seine Abhandlung „der Sachbesitz nach dem BGB." beginnt, der des Besitzes. Dies kann nicht wunder nehmen, wenn man bedenkt, welch hohes Interesse Gesetz und Wissenschaft zu allen Zeiten dem Institut des Besitzes entgegengebracht haben und welche grundlegende Umwälzung gerade das Besitzrecht durch die Einführung des BGB. erfahren hat, indem dieses unter Aufhebung der noch dem ersten Entwurf zu Grunde liegenden gemeinrechtlichen Besitzlehre ein völlig neues, dem Verkehr und der Auffassung des täglichen Lebens sich anpassendes modernes Besitzrecht zu schaffen versuchte. Dass der Gesetzgeber sich hierbei mit der Aufstellung nur allgemeiner Richtlinien und Sätze begnügte und die nähere Auslegung und Anwendung dieser Begriffe auf spezielle Rechtsverhältnisse der Wissenschaft überliess, erscheint bei dieser Neuregelung des Besitzrechtes und der Schwierigkeit einer begriffsmässig genauen Abgrenzung verständlich. Es soll daher gerade die Aufgabe vorliegender Arbeit sein, die vom Gesetz besonders stiefmütterlich behandelten Besitzrechtsverhältnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt zum Kindesvermögen, welche sowohl nach der Seite des materiellen Rechts, wie nach der des Vollstreckungsrechts Anlass zu theoretischem Streit und zahlreichen Kontroversen gegeben haben, einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Dabei soll uns den Ariadnefaden geben weniger die gemeinrechtliche Doktrin oder die noch heute vielfach in ihr befangene Literatur, als in erster Linie der in den Materialien und anschliessend in den §§ 845 ff des BGB. selbst zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wille.

Lediglich, soweit es die Auslegung der gesetzlichen Besitzbegriffe erfordert, kann bei dem eng begrenzten Rahmen vorliegender Arbeit auf die Probleme des eigentlichen Besitzrechts im Spe-

[1]) Jhering. J. Bd. 38. S. 1 ff.

ziellen näher eingegangen werden. Dafür erscheint es zweckmässig und geboten, das Thema in vergleichender Darstellung zu dem Besitzrecht des Vormunds und weiter auch des Ehemanns beim gesetzlichen Güterstand zu behandeln, da schon bei einer rein äusserlichen Betrachtung der Gestaltung des ehelichen Güterrechts und der elterlichen Gewalt die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehefrau und des Kindes zahlreiche Berührungspunkte, teilweise sogar analoge Bestimmungen aufweisen, die zwar eine starke Aehnlichkeit[1]) beider Rechtsinstitute, jedoch keine völlige innerliche Uebereinstimmung ihres Charakters bedingen.

## § 1: Geschichtliche Entwicklung.

1.) Betrachten wir die Stellung des Gewalthabers zum Kindesvermögen in seiner historischen Entwicklung, so haben wir zunächst die auffallende Uebereinstimmung des alten römischen mit dem alten germanischen Recht festzustellen, die beide in ihren Anfängen von einer, durch die Strenge der Familienverhältnisse bedingten, möglichst uneingeschränken Herrschaft des Vaters über Person[2]) und Vermögen seiner Familie ausgehen. Denn während diese unbeschränkte Gewaltherrschaft des Vaters im alten römischen Recht seine Verkörperung in der sog. patria potestas fand, kraft deren Eigentum und Besitz am vollen Vermögen des Hauskindes notwendigerweise in die hausherrliche Gewalt des pater familias übergeben musste[3]), hat das germanische Familienrecht ältester Zeit die absolute Hausgewalt über die Hausgenossen (Frauen und Kinder), sowie deren Vermögen unter den Begriff der sog. Munt, einer anfangs unbeschränkten Herrschaft im Interesse des Vaters zu bringen gewusst[4]). Mag auch hier immerhin im Unterschied zum alten römischen Recht die Vermögensfähigkeit sowie Erbfähigkeit des Kindes anerkannt gewesen sein[5]), so war doch bezüglich der be-

[1]) Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. II, 2, S. 226 spricht sogar von einem Güterrecht der Kinder; dies geht jedoch entschieden zu weit; Cosack verkennt anscheinend das völlig verschiedenartig gestaltete Autoritätsverhältnis. Vgl. Staud. IV, S. 109 und Pohl S. 27.

[2]) Das ältere röm. Recht sah Vater und Kind als Personeinheit an (vergl. Gaius Jnst. II. § 87.)

[3]) Vergl. Ulp, Reg. XIX, 18, Windscheid-Kipp § 73 Anm. 6–9 Mitteis, Stellvertr. S. 6, Kress, Besitz und Recht, S. 50, Bruns, S. 13 und v. Ihering, Besitzwille S. 113.

[4]) Vgl. Hübner, S. 638.

[5]) Vgl. Heusler, I, S. 101 und Hübner, S. 645, auch Sa. Sp. I, 33 „wirt das Kint lebendig geboren, das Kint behalt des Vaders Erbe".

sitzrechtlichen Stellung des Vaters dieselbe Rechtslage dadurch geschaffen, dass dieser, der kraft seiner Muntgewalt zur Sachherrschaft berufen war, am gesamten Kindes- und Frauengut die sog. Gewere zur rechten Vormundschaft[1]) und zwar zwecks Ausübung des ihm zustehenden Verwaltungs- und Nutzniessungsrechtes inne hatte, während nur in den besonderen Fällen, dass das Kind seine Sachen in persönlichem Gebrauch oder unter besonderem Verschluss hatte, eine Gewere auch des Kindes anerkannt wurde[2]). Abgesehen davon konnte aber den in sozialer Abhängigkeit vom Hausherrn befindlichen Hausgenossen, selbst wenn sie dessen bewegliche Sachen verwalteten, kein Gewereschutz zugesprochen werden[3]), da dies mit der als Ausfluss oben erwähnter Munt sich darstellenden väterlichen Gewalt unvereinbar erschienen wäre.

2.) In ähnlicher Weise war es auch nach römischem Recht den Hauskindern nicht verwehrt, die naturalis possessio für sich zu erlangen[4]), jedoch vermochte das römische Gesetz dieser nur tatsächlichen Gewalt keinerlei Besitzrechtswirkung zu verleihen und war somit nicht imstande, das Kind in die Stellung eines auch rechtlich anerkannten Besitzers einzuweisen, wofür der Grundsatz massgebend war „quia possessio non tantum corporis, sed juris est[5])". Erst in späterer Zeit, als die strenge Gebundenheit des Hauskindserwerbs zu Gunsten des Familienoberhaupts sich lockerte, also mit Aufkommen des Pekulienrechts, konnte sich das römische Gesetz zur Anerkennung auch des rechtlichen Besitzes bezüglich des dem Kinde freigegebenen Erwerbs durchringen, sodass eine gesetzliche Besitzdienerschaft nur noch bezüglich des sog. peculium profectitium, des Erwerbs „ex re patris" mit Ausnahme des besonders geregelten sog. kastrensischen Erwerbs[6]) bestand, während bezüglich der sog. bona adventicia dem pater familias nur noch Verwaltung und Nutzniessung, nicht aber Eigentum und juristischer Besitz verblieb.

[1]) Vgl. dazu Klara Eck: Die elterliche Gewalt im Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 41. S. 1 ff; Sa. Sp. I, Art. 31 § 2 und Sächs. Lehenrecht, Art. 74, § 1; Heusler „Gewere" S. 156; Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 200.

[2]) Vgl. S. Sp. I, 10, Eck, S. 11.

[3]) Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 5, Anm. 9.

[4]) So Servius, Julian und Papinian L 2, § 2, D 41,5 und L. 49, § 1, D 41,2

[5]) So Papinian L. 49, § 1, D 41,2.

[6]) Paulus in L. 4, § 1, D 43,3.

3.) An der Regelung der sog. väterlichen Vormundschaft und des damit verbundenen Gewereschutzes vermochte nun auch die spätere deutsche Rechtsentwicklung nicht viel zu ändern. Wenn auch der Fürsorgecharakter dieser väterlichen Gewalt, insbesondere seit dem 13. Jahrhundert, immer mehr zum Durchbruch kam und die Munt in vermögensrechtlicher Beziehung ihren Charakter als Herrschaft im Interesse des Vaters immer mehr verlor[1]), so konnte doch die in beiderseitigem Interesse gelegene Berechtigung des Vaters zur Ergreifung des Kindesvermögens zwecks Verwaltung und Nutzniessung und damit auch die Gewerestellung des Vaters nicht erschüttert werden. In Uebereinstimmung damit hat daher auch der überwiegende Teil der Landesrechte[2]) die Stellung des Vaters nicht mehr als eine der römischen patria potestas ähnliche Gewaltherrschaft, sondern vielmehr als natürliche Vormundschaft aufgefasst, demgemäss aber auch dem Vater die zwecks Verwaltung und Nutzniessung erforderliche tatsächlich und rechtlich geschützte Sachherrschaft sowie freie Verfügungsmöglichkeit über das Hausvermögen des Kindes gegeben.

4.) Selbst die Rezeption des römischen Rechts hatte an der im deutschen Rechtsgedanken bereits festgewurzelten Gestaltung der väterlichen Vormundschaft nur wenig ändern können[3]), die im Gegensatz zu der dem römischen Recht eigenen lebenslänglichen Dauer der väterlichen Gewalt ihr Ende regelmässig in der Begründung einer selbständigen Wirtschaft des Kindes oder auch der Heirat der Tochter finden musste.

Konnten somit die germanischen Rechtsideen, die sich auf die Gestaltung der elterlichen Gewalt als solcher bezogen, vor dem Einfluss des römischen Rechts im allgemeinen bestehen, so konnte anderseits das römische Besitzrecht in Deutschland Fuss fassen,

---

[1]) Vgl. Heusler. S. 638.

[2]) So z. B. Bamberger L. R. S. 14. Fränk. L. G. O. 30,8. O. K. L. O. II. 8,4; (Hessen-Darmstadt) Erk. Rostock 24|7,58 sf. XV. 113 und auch Pr. L. R. II 2,1—270 **für Württ.:** Lang, Personenrecht, § 82. **Vgl. weiterhin** v. Roth System d. deutsch. Privatrechts, 2. T., S. 334 und die dort angegebenen Gesetze und Schriften.

[3]) Lediglich die Unterscheidung unter den Bestandteilen des Kindesvermögens nämlich einerseits dem sog. unfreien, d. h. der der väterlichen Nutzniessung unterliegenden, andrerseits dem freien d. h. dem der Verwaltung, nicht aber der Nutzniessung des Vaters unterliegenden Vermögen, fand Aufnahme in das alte Recht. Vgl. Förster-Eccius: Preuss. Privatrecht, Berlin 1883, Bd. IV. S. 158 ff.

so dass das Institut der deutschrechtlichen Gewere alsbald verdrängt wurde und an seine Stelle der ausschliesslich nach dem Besitzwillen zu beurteilende römisch-rechtliche Besitzbegriff trat, der sich vor allem durch die scharfe Trennung von der zwar mit Besitzschutz versehenen, aber rechtlich nicht anerkannten blossen Innehabung in fremdem Interesse charakterisiert; aber auch danach blieb dem Vater, der neben seiner Verwaltungsbefugnis immer noch regelmässig die Nutzniessung innehatte, die besitzrechtliche Stellung zuerkannt[1]). Es hatte sich also nur das äussere Gewand, in das sich die Rechtsstellung des Vaters kleidete, geändert. Ausserdem aber brachte die Rezeption des römischen Rechts durch die Aufnahme zahlreicher sog. Detentorenverhältnisse die Stellvertretung im Besitz zur besonderen gemeinrechtlichen Anerkennung, die nach römischem Recht allgemein im corpus, nur ausnahmsweise im animus des Besitzerwerbs, nämlich bei den im alleinigen Interesse des Mündels handelnden Tutoren und Kuratoren sowie den Organen von juristischen Personen, zugelassen wurde[2]). Dies gab dann auch den Anlass, den Besitz des gesetzlichen Vertreters als solchen, besonders den des Vormunds, grundsätzlich nicht anzuerkennen, eine Tatsache, die noch heute, wie wir sehen werden, trotz der völligen Umgestaltung des Besitzrechts auf die Gedankengänge mannigfacher Autoren einwirkt.

# I. Hauptteil.

# Der Besitz am Kindesvermögen.

## A) Die regelmässige Gestaltung der Besitzlage.

### § 2: die elterliche Gewalt und die gesetzlichen Grundlagen des Besitzrechts.

1.) Kraft der elterlichen Gewalt, deren Grundsätze in den §§ 1627 ff des BGB. ihren Ausdruck gefunden haben, steht dem Gewalthaber neben der Fürsorge für die Person des Kindes vor allem

[1]) Die Vormundschaftsgewere entsprach ungefähr dem abgeleiteten Besitz des römischen Rechts. Vgl. auch Heusler S. 160 unten.

[2]) Aber auch das deutsche Recht kannte schon eine Stellvertretung in der Gewere, nämlich in allen den Fällen, in denen der Vormund keine Nutzung innehatte. Vgl. Heusler S. 157.

das Recht und die Pflicht zu, für das Vermögen des Kindes Sorge zu tragen. Damit verbindet sich gemäss § 1649 BGB. weiterhin die Nutzniessung, die sich grundsätzlich — über Ausnahmen wird unten zu sprechen sein — auf das gesamte Vermögen, welche das Kind zu Beginn der elterlichen Gewalt inne hat oder während ihrer Dauer erwirbt, erstreckt.

2.) Diese Rechte und Pflichten stehen in erster Linie dem Vater zu, der bis zur Volljährigkeit des Kindes regelmässig als der eigentliche Gewalthaber im Sinne unseres Themas anzusprechen ist. In zweiter Linie sieht jedoch unser heutiges Recht, ganz im Gegensatz zu dem früheren, auf der Autorität des Familienvaters aufgebauten Gewaltverhältnis, in besonderen Fällen auch eine elterliche Gewalt der Mutter vor, die sich alsdann nach denselben Grundsätzen wie beim Vater regelt. Schon während bestehender Ehe nimmt die Mutter an der Ausübung der elterl. Gewalt insofern teil, als ihr ebenso wie dem Vater die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes gebührt (§ 1634 BGB). Die **volle** elterliche Gewalt erhält sie aber erst beim Tode des Vaters (§ 1684 Abs. 1 Ziffer 1 BGB.) oder wenn der Vater für tot erklärt worden ist, (§ 1684, Abs. 2 verb. mit § 18), ausserdem wenn der Vater die elt. Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist (§ 1684, 2. BGB.)

Ist der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt durch Abwesenheit, Krankheit oder sonstwie verhindert, oder ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so tritt gemäss § 1685 Abs. 1 BGB. die Muttter während der Dauer der Ehe, wenn auch unter Ausschluss der Nutzniessung, ebenfalls an die Stelle des Vaters, wobei es infolge des § 1685 Abs. 2 BGB. immer noch möglich erscheint, dass die Mutter **nach** Auflösung der Ehe in die volle elterliche Gewalt eintritt, sofern nämlich keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters wegfallen werde.

Nicht als Gewalthaberin anzusprechen ist die Mutter jedoch in allen den Fällen, in denen ihr lediglich das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, vom Gesetze zuerkannt worden ist (so in § 1634 BGB.).

3.) Soweit in den erwähnten Fällen die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt zu gelten hat, gilt für sie natürlich auch hinsichtlich ihres Besitzes am Kindesvermögen und der daraus ent-

stehenden Rechte dasselbe wie für den Vater und es soll daher, soweit in den nachfolgenden Ausführungen vom Besitze des Gewalthabers oder auch nur des Vaters die Rede sein wird, gleichzeitig auch die besitzrechtliche Stellung der Mutter als ev. Gewalthaberin gekennzeichnet sein.

4.) Bezüglich des Besitzes der der Verwaltung und Nutzniessung des Vaters unterliegenden Gegenstände gibt uns, wie einleitend schon erwähnt, das in den §§ 1627 ff. BGB. geregelte Recht der elterlichen Gewalt keinerlei Aufschluss, sodass wir lediglich auf die allgemeinen Besitzvorschriften des BGB. angewiesen sind. Auffallend ist dabei vor allem, dass das Gesetz nicht einmal eine dem § 1373 BGB. entsprechende Vorschrift für den Gewalthaber erlassen hat, obwohl der Gesetzgeber auch in sonstigen Fällen einer Verwaltungsbefugnis, wie z. B. in § 2205 BGB. und § 117 KO. das Recht der Inbesitznahme gesetzlich zu normieren bestrebt war. Es wird übereinstimmend dadurch erklärt, dass der Gesetzgeber eine solche Bestimmung für den Vater, der ausser der Vermögensverwaltung auch die gesetzliche Vertretung des Kindes und die Nutzniessung[1]) innehat, für überflüssig gehalten habe.

Dieser Ansicht über den Willen des Gesetzgebers ist unbedenklich zuzustimmen, besonders wenn man bedenkt, dass auch die Zweckmässigkeit des § 1373 heftig umstritten war und seine unter Abänderung des § 1277 des 2. Entwurfs (§ 1356 der Reichstagsvorlage) erfolgte Einfügung in das Gesetz letzten Endes wohl nur deshalb erfolgte, um damit der Annahme, als habe der Ehemann schon kraft seines Gewalthaberrechtes auch ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt, also eo ipso Besitz, von vornherein entgegenzutreten. Sicher ist jedenfalls, dass aus dem Mangel einer dem § 1373 entsprechenden Bestimmung auch hier nicht etwa auf einen Besitzerwerb kraft elterlicher Gewalt, einer gewissermassen konstitutiven Gesamtnachfolge in ein Sondervermögen und somit auf eine direkte Besitznachfolge zu schliessen ist.

Diese Auffassung, die, wie schon erwähnt, bezüglich des § 1373 BGB. trotz der eindeutigen eben dargelegten Absicht des Gesetzgebers

[1]) Vergl. dazu Staudinger, Bd. IV. S. 445;
Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung d. Entwurfs IV. 5. 575, weiterhin Stein Z. P. O. zu § 746 S. 496;
Kempe S. 46 und Sternberg S. 32;
Geissler S. 60 folgert die Pflicht der Inbesitznahme aus den §§ 1027 ff. BGB.

von Wolff[1]) noch heute vertreten wird, erscheint schon insofern unverständlich, als der klare Wortlaut dieses § nicht von einem bereits übergegangenen Besitz, sondern nur von der Berechtigung, einen solchen zu erwerben, spricht; abgesehen davon, dass ein Besitzübergang kraft Gesetzes im Gesetze ausdrücklich, wie z. B. im § 857 BGB., bestimmt sein müsste.

Nimmt der Mann die der Frau gehörigen Gegenstände in seine Gewalt, so begründet er damit seinen Besitz und festigt nicht nur, wie Wolff fälschlich annimmt, die bereits erlangte tatsächliche Gewalt.

Man kann daher nach dem Sinne des Gesetzes auch hier zu keinem anderen Ergebnis kommen, als dass der Vater kraft seines Verwaltungsrechtes das Recht hat, die zum Kindesvermögen gehörigen Sachen in seinen Besitz zu nehmen, um damit erst diesen zu begründen.

Die Frage, auf welche Weise der Gewalthaber sich in den Besitz dieser Sachen setzen kann, bleibt einer besonderen Betrachtung im Abschnit 2 § 7 vorbehalten.

5.) Hat daher der Vater die Sachen seines Kindes in seine tatsächliche Gewalt genommen oder erwirbt er später einen Gegenstand für das von ihm vertretene Kind, so taucht, ganz unabhängig von der Frage des Eigentums bezw. des Eigentumserwerbs, zunächst ganz allgemein die Frage auf, welches Besitzrechtsverhältnis zwischen dem Vater als dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem Kinde grundsätzlich zu gelten hat.

Diese Frage hat, da die Subsumtion der elterlichen Gewalt unter die Besitztatbestände Schwierigkeiten bereitete, zu mannigfachen Kontroversen und verschiedenen Meinungen Anlass gegeben, weshalb es geboten erscheint, uns zunächst einmal die verschiedenen Ansichten der hauptsächlichsten Autoren vor Augen zu führen.

## § 3. Die verschiedenen Ansichten in der Literatur.

Betrachten wir die Fülle älterer oder moderner Besitzliteratur, so springt uns zunächst die unterschiedliche, von verschiedenen

1) Vgl. Wolff Bd. II. 1 § 12; Bd. II. 2, S. 34 ff. u. Bd II. 2, S. 182, § 47, III. 1. Anderer Ansicht richtigerweise Staudinger Bd. IV zu § 1373, Anm. 2; Planck Bd. IV, 2 zu § 1373; Fischer-Henle zu § 1373, 2; Endemann Bd. II. 2, § 176; Kniep S. 114.

Gesichtspunkten ausgehende Behandlung des Besitzrechts des Vaters in die Augen, die sich besonders daraus erklärt, dass die einen Schriftsteller dieses Besitzrecht des Vaters mehr in seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter, die andern mehr in der des Verwalters oder des Nutzniessers am Kindesvermögen begründet finden. Charakteristisch für die verschiedenartige Behandlung der Frage durch das Schrifttum ist weiterhin die Tatsache, dass ein Teil der Literatur sich über die Besitzverhältnisse zwischen Vater und Kind überhaupt ausschweigt, ein anderer Teil ohne nähere Begründung § 868 BGB. für gegeben erachtet, während andere Schriftsteller in eingehenden Erörterungen die besitzrechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters im allgemeinen oder auch nur die des Ehemanns bezw. des Vaters speziell zu ergründen versuchen.

Hier wäre zunächst auf die der herrschenden Lehre völlig zuwiderlaufende Ansicht von Reichsgerichtsrat Förtsch[1]) hinzuweisen, der für den Besitz der gesetzlich vertretenen Personen und ihrer Vertreter eine besondere Besitzlehre, die unter die allgemeinen Besitzgrundsätze nicht unmittelbar eingereiht werden kann, aufstellt und eingehend zu begründen versucht. Nach ihm betätigen die gesetzlichen Vertreter lediglich den Besitz der von ihnen vertretenen Personen, solange diese nicht selbst die Fähigkeit besitzen, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Alleinige Besitzer sind daher nach Förtsch im Regelfall lediglich die Vertretenen selbst, sei es, dass diese die tatsächliche Gewalt selbst ausüben, in welchem Fall der gesetzliche Vertreter an der Ausübung des Besitzes überhaupt nicht beteiligt sei, sei es, dass sie durch den gesetzlichen Vertreter gewissermassen als Mittelsperson eigener Art[2]) vertreten werden. Zur Begründung dieser Lehre verweist Förtsch auf den seiner Ansicht nach neben § 855 BGB. im Gesetz enthaltenen, ungeschriebenen Satz: „Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretenen Personen die tatsächliche Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer".

---

[1]) Gruchots Beitr. 43 S. 545 ff.

[2]) Vgl. hiezu Siber in Jherings Jahrb. Bd. 67 S. 81 ff.

Dieser, zweifellos gemeinrechtlichen[1]) Auffassung entspringenden Theorie haben sich vor allem Planck[2]), Fischer-Henle[3]), früher auch Turnau-Förster[4]) sowie das Kammergericht[5]) und im Anschluss an die Bestimmung des § 746 ZPO. Stein[6]), Förster[7]) und Geib[8]) angeschlossen; bezügl. der Stellung des Vormunds auch Ernst[9]) in Hinsicht auf die in den Protokollen Bd. 3 S. 333 zum Ausdruck gekommene Ansicht der zweiten Kommission, die zeitweise den Standpunkt der Mehrheit gebildet haben mag[10]).

Gegen diese Ansicht, insbesondere die Hereinziehung eines besonderen Rechtsatzes für die gesetzlichen Vertreter wendet sich aber vor allem Staudinger und mit ihm die herrschende Lehre[11]) die sowohl den Ehemann beim gesetzlichen Güterstand, den Vater

---

[1]) Vgl. Windscheid 1, § 155 A 13, Dernburg 1, § 179 A 9, sowie Siber in Jherings Jahrb. Bd. 67. S. 81 ff.

[2]) Planck zu § 854, 5 S. 44, der eine wahre Stellvertretung im Besitz, die sich aus dem Wesen der gesetzlichen Vertretung ergebe, für vorliegend erachtet.

[3]) Das BGB. für das Deutsche Reich 13. Aufl. 1927, Vorbem. zu § 854 S. 672.

[4]) Turnau-Förster Bem. 3 zu § 855, anders Aufl. 1906, S. 65.

[5]) O.L.G. E. 5, S. 150.

[6]) Zu § 746 2, und § 808, 2.

[7]) zu § 746.

[8]) Arch. f. ziv. Praxis Bd. 94. S. 388.

[9]) a. a. O. S. 36.

[10]) Vgl. Biermann zu § 868 S. 36.

[11]) Staudinger Bd. 3 S. 27 zu § 868 III. 2 d und Bd. 4 Vorbem. zu § 1638 3 d, S. 1041.
v. Blume, Bem. 5 zu § 1627.
Biermann zu § 868 S. 36.
Rosenberg zu § 868 S. 131.
Neumann: Handausg. des BGB.: zu § 868.
Lindemann-Sörgel zu § 868, 1.
Kretschmar, Das Sachenrecht des BGB. 1906, S. 38.
Wolff 2. Bd. 1. Abt. § 8, 1 c.
Endemann, Lehrb. des BGB., 2. Bd. 1. Sachenrecht § 31 S. 159 und § 32 2 b, Anm. 11.
Crome, System des des bürg. Rechts III, § 345 Anm. 26 und § 608 Anm. 23.
Leonhard a. a. O. S. 62.
Kniep a. a. O. S. 56 und 146.
Gierke § 114, 31 und 38.
Isay, Geschäftsführung S. 356.
Dittenberger a. a. O. S. 91 ff.
Rhode Bd. XXI. S. 21, Bd. XXIII. S. 58 f.
Wendt im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87 S. 40 und 61.
Przibilla in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 359.
Bendix Recht 1900, S. 45 Anm. 3.
Bartels in Gruchots Beiträgen 42 S. 660.
Vgl. auch die Diss. Kämmerer S. 171; Zirpins S. 14; Trendelenburg S. 44; Brockhoff S. 51; Geissler S. 45; Kempe S. 47; Heinrichs S. 52; Hoos S. 40; Nassauer S. 34; und Stolz S. 70.

und Vormund, teilweise auch den Vorstand einer juristischen Person, und zwar entweder auf Grund ihrer Stellung als gesetzliche Vertreter oder auf Grund ihres Verwaltungs- bezw. Nutzniessungsrechtes als Besitzmittler und die vertretene Person jeweils als mittelbare Besitzerin ansieht.

Diesen Standpunkt vertritt auch im wesentlichen das Reichsgericht, das so gut wie in allen Fällen einer gesetzlichen Vertretung ein Besitzmittlungsverhältnis gelten lässt[1]) und nur bezügl. der Vorstandsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Organe juristischer Personen einen unmittelbaren Besitz unter gleichzeitiger Vermittlung des mittelbaren Besitzes verneint, da der Besitz des Organs eines Vereins zugleich Besitz der juristischen Person selbst sei[2]).

In ähnlicher Weise halten nun Dernburg[3]) und in seiner späteren Auflage auch Cosack[4]) die in selbständiger Stellung befindlichen Verwalter für Besitzmittler im Sinne von § 868, während sie den unter der Aufsicht von Gesellschaftsorganen stehenden Vorstandsmitgliedern einer A.G. oder sonstiger Korporationen lediglich Besitzdienerschaft zuweisen. Von teilweise anderen Gesichtspunkten ausgehend, behandelt Strohal[5]) die Besitzverhältnisse der gesetzlichen Vertreter, indem er bei blossem Verwaltungsbesitz, insbesondere also beim Vormund, aber auch beim Körperschaftsvorstand und beim Vater in Ansehung des freien Kindesvermögens, je nachdem sich die Gegenstände in der Wohnung des Vertreters oder der des Vertretenen befinden, unmittelbaren Besitz des gesetzlichen Vertreters bezw. Besitzdienerschaft desselben gelten lässt.

Die Annahme, dass bei der gesetzlichen Vertretung ein eigentliches Besitzdienerverhältnis im Sinne von § 855 bestünde, hat keine nennenswerten Vertreter gefunden und ist im Schrifttum nur ganz vereinzelt und auch nur mit Einschränkungen, wie z. B. von Bunsen[6]),

---

[1]) Vgl. RG. 94 S. 341; 98 S. 131; 105 S. 20, 341; RGR. Kommentar zu § 868, 3, sowie OLG. Zelle in Rechtsprechung der OLG. 4, S. 148.

[2]) So RG. in J.W. 1914, S. 91; vgl. auch Gierke: Sachenrecht 1925. S. 9; Löwenwarter zu § 868, S. 15 und RGR. Kommentar Bd. 1. 1928, S. 47 zu § 26,4.

[3]) Bd. 3 § 14, 6 S. 50, ähnlich Männer § 14 S. 91, Matthiass, § 2. S. 7.

[4]) Cosack Bd. 2.1 § 11,2 S. 37 unten bezügl. des Vormunds, u. § 80 I S. 233 bezügl. des Vaters.

[5]) Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 16 ff; ebenso früher auch Cosack in 5. Aufl., 2. Bd. 1912 § 346 S. 656 bezüglich des sog. Freiguts des Kindes.

[6]) Bunsen: Einführung a. a. O. S. 12.

der den Konkursverwalter als Alleinbesitzer, den Ehemann als Besitzmittler, den Vater jedoch als Besitzdiener ansieht und in gewissen Fällen auch von Bekker[1]), der den Begriff des Besitzdieners sehr weit zu fassen sucht, vertreten. Ausserdem ist noch zu erwähnen, dass auch Ullmann[2]) früher die gesetzlichen Vertreter dem § 868 BGB. nicht unterzuordnen glaubte, weil seiner ursprünglichen Ansicht nach der Grund der Besitzüberlassung ein Akt rechtsgeschäftlicher Art sein müsse, eine Ansicht, die er später unter dem Eindruck der von Oertmann[3]) entwickelten Lehre aufgab.

Eine besonders stark in gemeinrechtlichen Begriffen wurzelnde Theorie bezügl. des Besitzes der gesetzlichen Vertreter hat endlich noch Kress[4]) aufgestellt, indem er zwischen dem sich aus der Verkehrsanschauung ableitenden, also der tatsächlichen Gewalt entsprechenden, und dem vom BGB. künstlich geschaffenen sog. juristischen Besitz unterscheiden will, welch letzterer sich an den Verkehrsbesitz anlehne und weniger dazu bestimmt sei, Besitzschutz zu gewähren als vielmehr die Durchführung der sachenrechtlichen Institute zu sichern.

Seiner Ansicht nach sind also die gesetzlich vertretenen Personen nie mittelbare Besitzer im eigentlichen Sinn. Lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen, da sie die Stellung eines Besitzers haben müssten, verschaffe ihnen der gesetzliche Vertreter vermöge seines nach § 164 BGB. geäusserten Willens die Stellung des juristischen Besitzers. Damit aber bringt Kress die ganze Besitzlehre gesetzlich vertretener Personen unter den Begriff einer juristischen Stellvertretung beim Besitzerwerb.

## § 4. Kritik und Stellungnahme des Verfassers.

I. Betrachten wir selbst die besitzrechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters, insbesondere des Inhabers der elterlichen Gewalt im Spiegelbild dieser verschiedenartigen Ansichten, so erscheint es zunächst einmal geboten, das Verhältnis des Gewalthabers zum bereits vorhandenen und vom gesetzlichen Vertreter in seine Gewalt genommenen Kindesvermögen festzustellen, um als-

[1]) Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 44.

[2]) Ullmann im Archiv f. ziv. Praxis. Bd. 92 S. 315 ff., anders später im Archiv f. bürg. Recht Bd. 22 S. 110.

[3]) Oertmann in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 207.

[4]) Kress, Besitz und Recht S. 181.

dann auf den während der Dauer der elterlichen Gewalt erfolgten Sacherwerb für das von ihm vetretene Kind und deren Besitzwirkungen des näheren einzugehen. Diese Trennung, die in der Literatur im allgemeinen nicht gemacht wird, erscheint infolge der Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse und der noch heute bestrittenen Begriffsbestimmung des § 868 nicht nur zweckmässig, sondern geradezu geboten.

1) Hat der Vater (bezw. die Mutter) die zum Kindesvermögen gehörigen Sachen zwecks Ausübung des Verwaltungs- bezw. Nutzniessungsrechts an sich genommen, so hat er damit naturnotwendig auch die tatsächliche Gewalt über diese Sachen erlangt, an die das Gesetz im Gegensatz zu früheren Rechten und Rechtsbegriffen regelmässig den Besitz mit seinen aus den §§ 854 ff. BGB. sich ergebenden Folgen knüpft. Geht man von dieser unmittelbar aus dem Gesetz sich ergebenden Rechtslage aus, so könnte es, sofern nicht der Ausnahmefall des § 855 BGB. für vorliegend zu erachten wäre, eigentlich keinem Bedenken unterliegen, den die tatsächliche Gewalt innehabenden gesetzlichen Vertreter als Besitzer im Rechtssinn anzusprechen. Dieser logischen Konsequenz kann sich auch Förtsch, wie wir gesehen haben, nicht verschliessen, weshalb er zur Begründung seiner Theorie lediglich einen ungeschriebenen Satz unseres heutigen Gesetzbuchs zur Anwendung bringen will.

Gibt uns nun aber das Gesetz bezw. dessen durch Auslegung zu ermittelnder Wille das Recht, einen solchen Satz in das BGB. hineinzuinterpretieren? Diese Frage ist zweifellos zu verneinen. Das BGB. hat die Besitzverhältnisse in den §§ 854 ff. BGB. erschöpfend geregelt und nur insofern der wissenschaftlichen Auslegung einen weiten Spielraum gelassen, als es den Begriff der tatsächlichen Gewalt und damit den des Besitzes, anstatt ihn wie im gemeinen Recht in feste juristische Formen einzuzwängen, grundsätzlich der Verkehrsanschauung, somit den ständig wechselnden Anschauungen des Lebens unterwirft. So war es z. B. möglich, den Begriff der sog. Besitzhalter im Wege der Auslegung als praktischen Ausfluss der tatsächlichen Verhältnisse zu gewinnen, und den Besitzdienern des § 855 BGB. rechtlich gleichzustellen. Eine gleiche Möglichkeit, das Gesetz im Sinne von Förtsch auszulegen, muss jedoch hier versagen, da einmal die tatsächlichen Verhältnisse, in der Regel für einen unmittelbaren Besitz des Vertreters

sprechen, und weiterhin der im Gesetz zum Ausdruck gekommene Wille grundsätzlich auf eine Beseitigung der im früheren Recht so beliebten Detentorenverhältnisse hinausläuft. Es würde daher geradezu dem Sinn und Willen des Gesetzgebers widersprechen[1]), wollte man ausserhalb des § 855 weitere Fälle einer blossen Besitzbetätigung[2]), wie Förtsch sie bezeichnet, gelten lassen, abgesehen davon, dass wie wir sehen werden, keinerlei Bedürfnis für Einfügung eines ungeschriebenen Satzes in das Besitzrecht besteht[3]).

Das BGB. erkennt, indem es das Besitzrecht von dem Willenserfordernis grundsätzlich loslöst, auch einen Besitz geschäftsunfähiger Personen an und es ist daher, wovon Försch richtig ausgeht, dem Willen des Gesetzgebers entsprechend zu verlangen, dass diesen Willensunfähigen, wenn sie Besitzer sind, auch die Vor- und Nachteile des vollen Besitzes zukommen müssen. Diese Rechtsposition ist für das Kind aber auch ohne die Konstruktion von Förtsch, nämlich auf Grund des in § 868 BGB. zum Ausdruck gekommenen Besitzmittlungsverhältnisses ebenso erreichbar und es entspricht nur der Stellung des Vaters als Verwalter und Nutzniesser des Kindesvermögens, dass diesem in erster Linie die sich aus dem Besitz ergebenden Rechte zugute kommen muss. Weiterhin darf gesagt werden: wenn der Besitztatbestand, der sich in einer Person verwirklicht, nicht dieser Person selbst, sondern einer andern zugerechnet wird, so bedeutet das immer eine gewisse Verneinung und Ausschaltung ihrer Persönlichkeit, eine Tatsache, die nur dadurch begründet werden kann, dass die betreffende Person in ihrer Macht durch die übergeordnete Persönlichkeit vollkommen beschränkt erscheint. Dies hat jedoch das Gesetz durch die Einfügung des § 855 BGB. zu berücksichtigen gewusst, dessen Voraussetzungen bei der Selbständigkeit des Vaters gerade nicht vorliegen dürften, und es erscheint daher im Gegensatz zu Förtsch keineswegs unbillig und der Interessenlage widerstreitend, den Vertreter auch für die Besitzklage in eigenem Namen zu legitimieren. Ebenfalls nicht durchschlagend erscheint der weitere Einwand Förtschs,

---

[1]) Vgl. Przibilla in Jherings Jahrb. Bd. 50. S. 358 Anm. 2.

[2]) Es ist doch gerade dem Besitzdiener bezw. Besitzmittler eigentümlich, dass sie den Besitz eines andern betätigen.

[3]) Vgl. auch Staudinger-Kober Bd. III. S. 27; Geissler, S. 36.

dem gesetzlichen Vertreter müsse gegenüber der Eigentumsklage Dritter nicht nur die laudatio auctoris gemäss § 76 ZPO., sondern die Einwendung der mangelnden Passivlegitimation zustehen. Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen § 76 ZPO. in den Fällen, in denen der gesetzliche Vertreter nicht in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter verklagt wird, nicht genügen sollte. Die Stellung des Vaters ist in einem solchen Fall nicht wesentlich verschieden von der eines sonstigen Besitzmittlers und es kann keineswegs, zumal auch die Vermutung des § 1006 BGB. kraft des Absatz 3 dieses § dem Kinde als mittelbarem Besitzer und nicht dem Vater zukommt und somit diese Vorschrift ebensowenig gegen den Besitz des Vaters sprechen kann, solch weitgehenden Folgerungen, wie Förtsch sie annimmt, zugestimmt werden. Dasselbe hat bezüglich der Vererblichkeit des Vertretungsbesitzes zu gelten, die, wie Förtsch zuzugeben ist, zweifellos mit der grundsätzlich unvererblichen Natur der elterlichen Gewalt unvereinbar erscheinen mag. Diese Inkonsequenz des Gesetzes liegt jedoch in dem § 857 BGB., der die Vererblichkeit des Besitzes ganz allgemein zulässt, begründet und vermittelt auch in andern ähnlichen Fällen, wie z. B. beim Auftrag (§ 673 BGB.), dem Besitz des Konkursverwalters bezw. Testamentsvollstreckers, vor allem auch bei dem grundsätzlich unvererblichen Niessbrauch einen Besitzübergang auf den Rechtsnachfolger, obwohl weder Beauftragte noch Niessbraucher ihren Erben ihre eigentliche Rechtsstellung vermitteln können. Weiterhin ist zu sagen, dass in allen diesen Fällen das Gesetz eben davon ausgeht, dass der Erbe des betreffenden Verwalters sich mit dem Geschäftsherrn regelmässig auseinanderzusetzen hat und aus diesem Grunde eine Besitzerstellung desselben auch ohne Eintritt in das betreffende Rechtsverhältnis des Erblassers gerechtfertigt erscheint[1]). Dessenungeachtet kann die Förtsch'sche Lehre auch in der Zivilprozessordnung keine Stütze finden. Wohl bestimmt das Gesetz in § 746 ZPO., dass zur Vollstreckung in das der elterlichen Nutzniessung unterliegende Vermögen die Verurteilung des Kindes genügt, während zur Vollstreckung eines Urteils gegen die Frau in das eingebrachte Gut verlangt wird, dass der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt wird. Daraus folgern bedeutende Zivilprozessautoren,

[1]) Vgl. auch Prot. V, S. 652, Leonhard S. 63, Stolz S. 73, Geissler S. 39, Kress S. 189 ff.

dass der Gewalthaber lediglich den Besitz des Kindes vertrete und aus diesem Grunde die Herausgabe gemäss § 809 ZPO. nicht verweigern könne, wenn in die vom Kinde selbst, allerdings vertreten durch den elterlichen Gewalthaber besessenen Sachen vollstreckt werde[1]). Diese Begründung ist leicht irreführend. Der Unterschied der zivilprozessualen Regelung bei dem Institut der ehemännlichen Verwaltung gegenüber der der elterlichen Gewalt findet seine Erklärung nicht in der besitzrechtlichen Stellung des Gewalthabers, sondern in den infolge der gesetzlichen Vertretung bestehenden besonders gelagerten Verhältnissen. Denn während gemäss § 1659 BGB. die Gläubiger allgemeine Befriedigung aus dem Kindesvermögen verlangen können, ohne auf die elterliche Nutzniessung Rücksicht zu nehmen, gewährt der § 1411 BGB. die Befriedigung aus dem eingebrachten Gut nur insoweit, als der Mann dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft zugestimmt hat. Die Prüfung dieser Frage ist also nur in letzterem Fall unbedingt erforderlich und erklärt das Erfordernis der Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung, während eine dementsprechende Verurteilung des elterlichen Gewalthabers völlig überflüssig erscheinen müsste[2]). Ein weiterer Grund, der die verschiedene gesetzliche Regelung rechtfertigt, findet seine Erklärung darin, dass der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes regelmässig sowieso als Prozessbeteiligter erscheint und imstande ist, seine Rechte geltend zu machen, während der Ehemann ohne die Bestimmung des § 739 ZPO. nicht in der Lage wäre, die in seinem eigensten Interesse liegende Angelegenheit seiner Frau selbst zu vertreten[3]).

Die besondere Natur der gesetzlichen Vertretung rechtfertigt es also trotz der elterlichen Nutzniessung und des damit verbundenen Besitsrechts des Vaters eine Vollstreckung in das im Besitz des Vaters befindliche Kindesvermögen zuzulassen, ohne denselben vorher zum eigentlichen Vollstreckungsschuldner zu machen. Findet man daher — indem wir mit Stein übereinstimmen —,

---

[1]) Vgl. Förster zu § 746 ZPO.

[2]) Vgl. dazu Geib, im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 94. S. 336, Hein, Duldung, S. 146. Stein zu § 746 ZPO.

[3]) Vgl. dazu Geib, im Arch. für ziv. Praxis Bd. 94. S. 336; Seuffert II. S. 335. Denkschrift zur Begründung der ZPO. Nov. S. 154. Kempe S. 84.

pie Besonderheit des § 746 ZPO. in der gesetzlichen Vertretung begründet, so gibt uns diese Erkenntnis doch keinerlei Anhaltspunkte für eine Verneinung des Verwaltungs- bezw. Nutzungsbesitzes des Vaters; im Gegenteil ist anzunehmen, dass das Gesetz dem Vater bezüglich des in seiner Verwaltung und Nutzniessung befindlichen Kindesvermögens Gewahrsam und Besitz zusprechen und nur infolge der besonders gelagerten Rechtslage ihn nicht als einen Dritten im Sinne des § 809 ZPO. erscheinen lassen will[1]).

2) Was nun die Frage einer event. Besitzdienerschaft des gesetzlichen Vertreters anlangt, so wird uns hier durch Förtsch zweifellos der richtige Weg gewiesen, wenn er behauptet, dass gerade das charakteristische Merkmal des Besitzdieners, nämlich die soziale Abhängigkeit des Gewalthabers von dem Vertretenen fehlt[2]). Es wäre auch schon dem reinen Wortlaut des Gesetzes nach ein äusserst merkwürdiges Unterfangen, den gesetzlichen Vertreter auf der einen Seite als Gewalthaber, auf der andern als Diener zu bezeichnen.

Abgesehen davon aber entspräche es natürlich keineswegs den tatsächlichen Verhältnissen[3]) und der beiderseitigen Interessenlage, würde man den Vater als in sozialer Abhängigkeit und Unterordnung befindlich bezeichnen. Daran kann, wie allseitig anerkannt, auch die Tatsache nichts ändern, dass der Vater in gewisser Hinsicht der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts untersteht[4]), da diese Kontrolle nicht als Ausübung einer tatsächlichen Gewalt oder, wie Leonhard[5]) sich ausdrückt, als ein Befehlsrecht anzusprechen ist.

[1]) Vgl. Planck in DJZ. 5. Jahrg. 1900, S. 246.

[2]) Darauf kommt es nach herrschender Meinung an, vgl. z. B. R. G. Bd. 71, S. 248. Biermann zu § 885, 2 a. Endemann II, 1, § 32, 2. Planck zu § 855, 2 und Staudinger-Kober zu 855, II, 2 a.

[3]) Diese beurteilen sich nach der Verkehrsanschauung.
Nach Jhering, Besitzwille S. 483, 508 und 511 ff. ist das Rechtsgefühl des Volkes entscheidend; nach Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 29, S. 357 u. Bd. 38. S. 9 ist die Auffassung des Lebens Gradmesser.
Vgl. auch Gilka, S. 64 ff.: Zum Eigentumserwerb an beweglich. Sachen durch Stellvertreter. Diss. Königsberg 1921.

[4]) Dieses führt keine ständige Aufsicht, sondern schreitet nur ein, wenn eine Vernachlässigung der dem Vater obliegenden Pflicht es erfordert. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. IV, S. 254; Weissweiler, S. 21, 24, 41 u. Kempe S. 48.

[5]) A. a. O. S. 63, vgl. auch Stolz S. 71, Zirpins S. 33. Sprenge S. 58.

Aber auch, wenn man hiebei in gewissen Fällen von einer Unterordnung des gesetzlichen Vertreters, besonders des Vormunds unter eine staatliche Behörde reden könnte, so würde auch dies die Begründung eines Besitzdienerverhältnisses des gesetzlichen Vertreters nicht rechtfertigen, da das Gesetz bei § 855 BGB. davon ausgeht, dass gerade die **besitzende** Person und nicht ein ausserhalb dieses Verhältnisses stehender Dritter das Befehlsrecht auszuüben imstande ist[1]).

Die Annahme, dass für das Verhältnis des Vaters zum Kindesvermögen grundsätzlich § 855 BGB. als vorliegend zu erachten wäre, erscheint daher völlig ausgeschlossen.

3.) Auf Grund dieser selbstverantwortlichen, autoritativen Stellung des Vaters und Vormunds erscheint aber auch die Ansicht Strohals verfehlt, der unter Verkennung des charakteristischen Merkmals von § 855 BGB. beim Vormund auf das räumliche Verhältnis abzustellen sucht; denn es kann keinen Unterschied machen, in wessen Wohnung die unter Verwaltung stehenden Sachen sich befinden, da § 855 BGG. unabhängig von einer event. beim Mündel bezw. beim Kind vorliegenden Innehabung einzig und allein auf das bereits genügend skizzierte Abhängigkeitsverhältnis abstellt und diese Rechtslage auch durch räumliche Entfernung des Kindes vom Gewalthaber bezw. Vormund keine Aenderung erfahren kann[2]). Würde man letzteres nicht annehmen, so müsste man umgekehrt konsequenterweise z. B. auch eine Besitzdienerschaft des Handlungsreisenden bezüglich des in seinen Händen befindlichen Musterkoffers auf Grund seiner räumlichen Entfernung verneinen, ein Ergebnis, das mit Theorie und Praxis sowie dem Willen des Gesetzgebers unvereinbar wäre[3]).

4.) Ist sonach an dem regelmässigen unmittelbaren Besitz des gesetzlichen Vertreters nicht zu zweifeln, so gilt es nunmehr zu untersuchen, ob mit der herrschenden Lehre im Regelfall auch ein mittelbarer Besitz des Kindes bezügl. der ihm gehörigen, in fremder

---

[1]) Vgl. dazu Leonhard S. 63.

[2]) Falsch ist daher auch die Ansicht Knieps S. 50: „Ein Säugling, der in seinem Hause wohnt, ist Besitzer dieses Hauses". — Dieser hat nicht einmal die tatsächliche Gewalt, geschweige denn rechtlich anerkannten Besitz.

[3]) Vgl. RG. 71, S. 251, Wolff S. 19, Löwenwarter zu § 855 und Staudinger-Kober zu § 855 S. 31.

Verwaltung befindlichen Gegenstände, oder wenigstens ein juristischer Besitz im Sinne der oben dargelegten Lehre von Kress anzunehmen ist.

Bei der Prüfung dieser Frage ist zunächst von dem Normalfall auszugehen, dass dem Inhaber der elterlichen Gewalt sowohl Verwaltung als auch Nutzniessung am Kindesvermögen zusteht.

II. 1.) Der § 868 des BGB. bestimmt: „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältnis, kraft dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer".

Das BGB. stellt also neben dem auf der tatsächlichen Gewalt über die Sache beruhenden unmittelbaren Besitz den sog. mittelbaren Besitz[1]), ohne jedoch eine in sich abgeschlossene Begriffsbestimmung in Form einer genauen Legaldefinition zu geben. Lediglich die Tatsache, dass der sog. Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, hebt das Gesetz als charakteristisches Merkmal hervor, während es im übrigen die Interpretation des Begriffes „ähnliche Verhältnisse" der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlässt.

Sucht man diese besonderen charakteristischen Merkmale der sog. ähnlichen Verhältnisse zu ergründen, so ergibt sich ganz zweifelsfrei aus dem Sinn des Gesetzes, dass die zeitliche Begrenzung[2]) jedenfalls nicht das ausschliessliche Merkmal des § 868 bilden kann, vielmehr lediglich negativ zu erkennen gibt, dass die Berechtigung oder Verpflichtung nicht von ständiger Dauer sein darf[3]).

---

[1]) Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 17 spricht richtigerweise von sog. Doppelsitz.

[2]) Anders allerdings Thising, im Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 200 S. 247 ff.

[3]) Vgl. RG. im Recht 1917, Nr. 1420.
So ist z. B. bei Bestellung eines zeitlich unbeschränkten Erbpacht- oder Erbbaurechtes ein Doppelbesitz nicht anzunehmen. Zustimmend Wendt, S. 61; Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. 1889, S. 196; Bartels, in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 645 ff.; Ernst S. 27 und Klein: der mittelbare Besitz des BGB., Diss. 1899; andrer Ansicht Biermann zu § 868, 2 b; Planck zu 868 2 b B und Gierke: Fahrnisbesitz S. 7.

2.) Aus dieser nur vorübergehenden Natur des Fremdbesitzes, also des Nicht-Eigenbesitzes, ergibt sich aber zwangsläufig in allen Fällen des § 868 das Erfordernis eines **Herausgabeanspruchs** für den mittelbaren Besitzer, in dem sich aber nicht, wie Wendt[1]) irrtümlich annimmt, das Wesen des mittelbaren Besitzes ganz eigentlich verkörpert. Mag man auch mit Strohal[2]) den Herausgabeanspruch als den Kernpunkt[3]) des Verhältnisses nach § 868, gewissermassen als das Band, das die Sache an den mittelbaren Besitz knüpft, betrachten, so wäre es doch weit gefehlt, hierin die Eigenart des mittelbaren Besitzes erschöpft zu sehen. Denn einmal findet dieser Herausgabeanspruch seinen eigentlichen Ausdruck in der, wie wir gesehen haben, zeitlichen Begrenzung des unmittelbaren Besitzes und weiterhin müsste man bei Annahme der Wendtschen Lehre zu der zweifellos unrichtigen, dem Sinn des Gesetzes widersprechenden Folgerung gelangen, einen mittelbaren Besitz selbst bei Vorliegen eines nur dinglichen Herausgabeanspruches z. B. der rei vindicatio des Eigentümers bei einer abhandengekommenen Sache anzunehmen, um andrerseits einen mittelbaren Besitz bei Vorliegen eines nur vermeintlichen Herausgabeanspruchs zu leugnen.

3.) Eine weitere Theorie, die vor allem auf Strohal[4]) und die frühere Ansicht von Endemann[5]) zurückgeht, will dagegen die Aehnlichkeit aller dieser Fälle in der Natur des **Anvertrautseins** sehen,

[1]) Im Arch. für zivil. Praxis Bd. 87. S. 45 ff. Vgl. auch Kretzschmar, Bem. 2 c zu § 868.
Biermann zu § 868 2a und Klein: Der mittelbare Besitz des BGB. Diss. 1899 S. 1 ff.

[2]) Strohal, Sachbesitz S. 59.

[3]) Dies folgt schon aus der Zugehörigkeit des beim unmittelbaren Besitzer befindlichen Vermögens zu der Person des mittelbaren Besitzers, also aus der sog. Rückkehrtendenz zum mittelbaren Besitzer. — Zu der Frage, ob **ohne** Herausgabeanspruch ein Besitzmittlungsverhältnis möglich erscheint, vgl. auch Biermann zu § 868 2 a; Kress S. 202, 209, Oertmann DJZ. 1911, S. 1182.; Goldmann-Lilienthal § 1 und Przibilla in Jur. Wochenschrift 1908, S. 396.
Rhode Bd. XXI, S. 14, Weidemann S. 18, jedoch Bruns S. 156.

[4]) In Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 20 und 59.

[5]) Vgl. Einführung in das Studium des BGB., 5. Aufl., § 32, S. 126 sowie Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts, 7. Aufl., Bd. II A 8, § 39. Anders dagegen 8. und 9. Aufl., Bd. II 1, § 32, Anm. 13. Vgl. dazu auch Kress, S. 126 ff., 194; Kämmerer S. 160; Goldmann-Lilienthal Bd. 2 § 1 Anm. 12 S. 5.; Pudor in J.W. 05 S. 314; sowie Rosenberg: zu § 868 II, b 8 und c; Geissler, J.W. 05 S. 521.; Przibilla, J.W. 08. S. 395. Kress S. 193 ff.; Kniep S. 153.

während Leonhard[1]) mehr von wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehend, das Charakteristikum des § 868 BGB. in der Darbringung eines Vermögensopfers sieht. Beide Ansichten enthalten nun zweifellos den richtigen Kern, sind jedoch, so wie sie von ihren Autoren vertreten werden, viel zu eng, um allen Fällen des § 868 des BGB. gerecht zu werden.

Denn einmal steht heute einwandfrei fest, dass dieses „Anvertraut sein" nicht im Sinne einer unmittelbaren Nachfolge des unmittelbaren Besitzers in den Besitz seines Vorgängers angesehen werden kann, da sonst ein originärer Erwerb des mittelbaren Besitzes überhaupt unmöglich erscheinen müsste. Ebenso wenig trifft aber auch der von Leonhard vertretene Satz „immer erwirbt der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens und immer bringt daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer" das Richtige. Abgesehen davon, dass sich das Besitzrecht nicht allein oder nur schwer von wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilen lässt, kann man in vielen Fällen so z. B. wenn der von einem Bevollmächtigten für den Geschäftsherrn abgeschlossene Kaufvertrag nichtig ist und die actio venditi gar nicht entsteht, nicht von einem Vermögensopfer des Geschäftsherrn reden[2]), obwohl dieser zweifellos den mittelbaren Besitz erwirbt. Auch damit trifft Isay zweifellos das Richtige, wenn er darauf hinweist, dass in den meisten Fällen, in denen jemand einen Besitz aus dem Vermögen eines andern erwirbt, letzterer den Besitz völlig aufgibt und nicht etwa mittelbarer Besitzer bleibt.

4.) Sieht man aber von diesen teils zu engen, teils unrichtigen Formulierungen des so schwierigen Kriteriums des § 868 BGB.[3]) ab, so wird man doch den oben erwähnten Ansichten zubilligen können, Grund und Charakter des Besitzmittlungsverhältnisses richtig erkannt zu haben.

Ist doch bei jedem mittelbaren Besitz eine besonders nahe Beziehung zur Sache, die aus dem Interesse des mittelbaren Besitzers an der Wiedererlangung seines zeitweise in die Hand eines

[1]) So auch Geissler, in J.W. 1905 S. 521; Staudinger zu § 868 I, 2 b Schindler S. 39, dagegen Isay, Geschäftsführung S. 275, Weidemann S. 18, Rosenberg § 868 III 2 c.

[2]) So richtigerweise Jsay, Geschäftsführung, S. 275.

[3]) Cosack, 5. Aufl., II, § 193 a, S. 91 hält eine genaue Charakterisierung überhaupt für unmöglich.

Dritten gegebenen Vermögens ihren Grund findet, nicht zu verkennen. Der Besitz des Mittlers ist daher in jedem Fall von diesem nahen rechtlichen Konnex zum mittelbaren Besitz getragen, woraus zwangsläufig sich ergibt, dass jeder unmittelbare Besitzer die Sachen als fremde und somit anvertraute zu betrachten und demgemäss zu behandeln hat.

Es ist dies aber lediglich die **Folge** des zwischen dem mittelbarem und dem unmittelbarem Besitzer bestehenden besonderen Bandes und nicht, wie Isay[1]) und Gotthilf[2]) meinen, das Hauptkriterium des § 868 BGB.; was schon insofern abzulehnen ist, als die Heranziehung des der heutigen Auffassung unbekannten Besitzwillens beim unmittelbaren Besitzer ausgeschlossen erscheint[3]).

Dieser, wie wir gesehen haben, auf einem gewissen Vertrauensverhältnis beruhende mittelbare Besitz baut sich nun aber immer auf einer durch Vertrag, Gesetz oder gerichtliche Einweisung begründeten causa auf. Dabei verlangt das Reichsgericht[4]), um eine Subsumtion unter § 868 zu begründen, dass **durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutz- oder Verwaltungsrecht des sein Recht zum Besitze von dem andern ableitenden[5]) unmittelbaren Besitzers** begründet sei. Damit stellt also das Reichsgericht mit der herrschenden Lehre als charakteristisches Merkmal des § 868 lediglich die Tatsache in den Vordergrund, dass der unmittelbare Besitzer sein Recht zum

---

[1]) A. a. O. S. 274, vgl. auch Strohal S. 20.

[2]) Gotthilf: Besitz und Eigentumserwerb an bewegl. Sachen durch einen unbeauftragten Geschäftsführer, Breslauer Diss. 1918. S. 1 ff.

[3]) **Anerkennung** des mittelbaren Besitzes durch den Besitzmittler fordert Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes §§ 114 u. 115. **Anerkennung des Rechtsverhältnisses** selbst verlangt Crome Bd. III. § 345; Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Diss. Bonn 1905, S. 24 und Landsberg, Das Recht des BGB., Berlin, 1904. S. 631.
**Gegen** ein Willenserfordernis vor allem Leonhard S. 81; Biermann zu § 868, 6; Rhode Bd. XXI. S. 29 ff.; Isay S. 276 und Kober zu § 868, I, 1 a.

[4]) RG. 49, 173; vgl. RG. 54, 398. Landgericht Mannheim in Bad. Rechtsprechung 1918. S. 137.

[5]) Besitzrechtsableitung ist herrschende Lehre. Unter andern z. B. Biermann zu § 868 a. c; Kretschmar S. 38; Crome § 345, 1. S. 32. Wolff § 8, I, 1 a. Dagegen vor allem Rosenberg zu § 868 S. 128; Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 38. S. 26; Kämmerer S. 158, sowie Planck zu § 868 Anm. 2 b, S. 85.

Besitze, sei es in eigenem, sei es in fremdem Interesse von einem andern ableitet. Dass letzterer Ausdruck nicht wörtlich im Sinne der früheren Endemann'schen Lehre genommen werden darf, vielmehr nur die nach den Bedürfnissen des Lebens zu beurteilende nahe Beziehung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer und das im Vordergrund stehende Interesse des mittelbaren Besitzers auf Rückgabe seiner zeitweilig in der Hand eines Dritten befindlichen Sachen charakterisieren soll, bedarf nach obigen Ausführungen wohl keiner weiteren Erörterung mehr. Es können daher die dem mittelbaren Besitzer kraft Gesetzes entzogenen Gegenstände als anvertraute oder abgeleitete im weiteren charakteristischen Sinn von § 868 BGB. angesehen werden[1]), zumal auch diese Ansicht in den §§ 941, 986 und 991 BGB. selbst verankert erscheint. Dem Reichsgericht ist daher auch insofern zuzustimmen, als es in ständiger Rechtsprechung den § 868 nicht nur auf ausdrücklich im Gesetz geregelte Rechtsverhältnisse, oder nur vertragliche, sondern auch auf gesetzliche Rechtsverhältnisse bezieht[2]).

Nur insofern geht das Reichsgericht fehl, als es in zu enger Fassung nur von einem konkret bestimmten **obligatorischen** oder **dinglichen** Rechtsverhältnis spricht und somit, wenn auch unabsichtlich, jedenfalls aber dem Wortlaut nach, die ganz besonders gelagerten Rechtsverhältnisse des Familien- und Erbrechts auszuschliessen scheint. Dass letzteres nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde, ist allgemein anerkannt und ist daher als Träger des Besitzmittlungsverhältnisses **jedes** konkret bestimmte Rechtsverhältnis anzusprechen[3]).

---

[1]) Vgl. dazu Strohal: Sachbesitz S. 20.
Mengelkoch S. 91,
Brockhoff S. 39 und
Schindler S. 37.

[2]) Vgl. Reichsgericht Bd. 59. S. 201; Bd. 94. S. 341; Bd. 98. S. 134.
Reichsgericht im Recht 1919 S. 930, sowie RG. 7. Zivilsenat (21. V. 1909) Gruchot Bd. 53. Nr. 96 S. 1047.
Vgl. auch Biermann zu § 868, 4.
Oertmann in Jherings Jahrb. Bd. 44. S. 222 und
Stolz S. 77.

[3]) So die herrschende Lehre. Vgl. z. B. Staudinger-Kober zu § 868, 3; Rhode Bd. XXI. S. 13; Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 38. S. 20, Zirpins S. 20

Berücksichtigt man weiter noch das bei jedem mittelbaren Besitz vorhandene Interesse an einer späteren Aufsaugung des unmittelbaren Besitzes, das sich, wie Biermann[1]) im Anschluss an Bährsche[2]) Gedankengänge richtig erkennt, daraus erklärt, dass der unmittelbare Besitz notwendig dem mittelbaren Besitzer zuzurechnen ist, so wären zusammenfassend als charakteristische Merkmale des § 868 festzustellen: 1). dass der unmittelbare Besitzer sein Besitzrecht vom mittelbaren Besitzer ableitet, 2) der mittelbare Besitz kraft seiner nahen Beziehung zum unmittelbaren Besitz die Tendenz hat, den unmittelbaren wieder an sich zu ziehen[3]).

**III.** Legt man diese Wesenssymptone dem § 868 BGB. als charakteristische Merkmale zu Grunde, so erscheint es unbedenklich, auch das besitzrechtliche Verhältniss des elterlichen Gewalthabers zum vorhandenen Kindesvermögen, ebenso wie das Verhältnis des Ehemanns zum eingebrachten Gut der Frau unter § 868 zu bringen; wobei zu betonen ist, dass diese Lösung sowohl dem Willen des Gesetzgebers als auch dem praktischen Ergebnis entspricht. Denn einmal zeigen sich besonders bezüglich des sog. unfreien Kindesvermögens derartige Berührungspunkte mit den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Verwahrungs- und Niessbrauchsverhältnissen, dass es nicht schwer fallen dürfte, eine besondere „Aehnlichkeit" im Sinne des Gesetzes für vorliegend zu erachten. Weiterhin entspricht unsere Ansicht auch den Bedürfnissen des Verkehrs, die auf der einen Seite beim Gewalthaber eine als Ausfluss des elterlichen Gewaltrechts in die Erscheinung tretende Besitzrechtstellung verlangen und auf der andern Seite das Interesse des Kindes durch Verleihung einer, wenn auch nicht gleichartigen, so doch zur Ausübung seiner Rechte genügenden Besitzrechtsposition schützen wollen.

Daran kann auch **die** Tatsache nichts ändern, dass das Kind regelmässig wegen tatsächlicher oder auch nur rechtlicher Willensunfähigkeit nicht imstande sein wird, dieser seiner Stellung als mittelbarer Besitzer selbst Geltung zu verschaffen, d. h. die sich

---

[1]) A. a. O. zu § 868.

[2]) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30. S. 83.

[3]) Vgl. dazu Protokolle Bd. III. S. 225; Isay S. 277; Thiesing S. 244; Regelsberger S. 423.

daraus ergebenden Rechte selbst auszuüben. Denn der mittelbare Besitz erfordert jedenfalls, sofern er auf gesetzlicher Grundlage beruht und sich als reines Rechtsverhältnis, nicht als tatsächliche Sachherrschaft charakterisiert, keinerlei Willensfähigkeit[1]) des mittelbaren Besitzers, ausserdem nicht einmal die Kenntnis vom Bestehen des unmittelbaren Besitzes. Der Erwerb folgt also der objektiv kundbaren, durch das Besitzmittlungsverhältnis geschaffenen Rechtslage[2]). Somit können auch Säuglinge, Geisteskranke usw. einen mittelbaren Besitz an den ihnen gehörigen, aber kraft Gesetzes fremder Verwaltung unterliegenden Sachen erwerben, mag man auch sonst für die rechtsgeschäftliche Begründung des mittelbaren Besitzes einen dementsprechenden Willen des mittelbaren Besitzers[3]) oder für Erlangung der tatsächlichen Gewalt wenigstens einen natürlichen Willen verlangen, eine Ansicht, die in ähnlicher Weise vom Reichsgericht Bd. 98. S. 131 ff. vertreten wird. Der mittelbare Besitz des Kindes kann also bereits mit der Geburt, vorausgesetzt, dass in diesem Augenblick schon ein Kindesvermögen wie z. B. bei Zuwendung einer Erbschaft an den nasciturus vorhanden ist, sonach **mit** der Begründung des Herausgabeanspruchs zur Entstehung gelangen.

**IV.** Dem mittelbaren Besitz des Kindes steht endlich auch die von Kress hervorgehobene Tatsache, dass der gesetzliche Vertreter das Eigentum einer dem Mündel gehörenden Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen sich selbst unter Beibehaltung seines eigenen unmittelbaren Besitzes nicht übertragen könne, keineswegs im Wege; mag auch richtig sein, dass ein mittelbarer Besitz ohne Herausgabeanspruch unmöglich ist, so folgt daraus noch nicht, dass in allen Fällen eine Abtretung möglich und eine solche stets den Uebergang des mittelbaren Besitzes zur Folge haben muss. Zuzugeben ist weiterhin, dass bei dem besonders gearteten Verhältnis zwischen Vater und Kind eine Eigentumsübertragung auf obige Weise unmöglich erscheint. Dies folgt jedoch schon aus dem Sinn des § 870 BGB., der nur insofern eine

[1]) Vgl. Rhode Bd. XXI. S. 29, S. 45; Isay S. 273 Anm. 2.

[2]) So Zirpins S. 24; Endemann § 38, S. 212 und Rümelin: Das Handeln in fremden Namen, im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 93 S. 241.

[3]) Dies verlangt auch bei rechtsgeschäftlichem Erwerb Isay S. 273 Anm. 2 nicht.

Erleichterung für die Uebertragung dinglicher Rechte bezweckt, als er dem mittelbaren Besitzer regelmässig die Möglichkeit gibt, ohne Mitwirkung und Kenntnis des unmittelbaren Besitzers und ohne vorher seine Sachen zurückfordern zu müssen, das Eigentum zu übertragen. Diese Art der Eigentumsübertragung setzt daher naturnotwendig die Verfügungsberechtigung des mittelbaren Besitzers voraus. Fehlt eine solche, und tritt der gesetzliche Vertreter in die Verfügungsrechte des mittelbaren Besitzers ein, so muss § 870 logischerweise schon um deswillen illusorisch werden, als der damit in die Stellung eines unmittelbaren Besitzers kommende gesetzliche Vertreter es nicht nötig hat, sich des lediglich im Interesse des verfügungsberechtigten **mittelbaren Besitzers** aufgestellten Mittels des § 870 zur Eigentumsübertragung zu bedienen. Zu diesem Ergebnis, das seine logische Begründung dadurch erfährt, dass bei Vorliegen eines unmittelbaren Besitzes die Rechtsübertragung nur entweder durch Uebergabe oder durch Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nach § 930 BGB. zu erfolgen hat, muss man aber auch auf Grund der besonders gearteten familienrechtlichen Stellung des Gewalthabers kommen, in die ein Dritter, selbst bei Abtretung des Herausgabeanspruchs, zweifellos nie wird eintreten können. Dass ein solcher Eintritt des Erwerbers in das Rechtsverhältnis des Abtretenden bei dem Tatbestand des § 870 erforderlich ist, wird allerdings von der herrschenden Meinung verneint[1]), doch muss man sich gerade in Ansehung des hier vorliegenden höchstpersönlichen Rechtsverhältnisses zu der Ansicht bekennen, dass eine blosse Uebertragung des **obligatorischen** Herausgabeanspruchs **ohne** gleichzeitigen Eintritt in das das Fundament des Anspruchs bildende Rechtsverhältnis den Uebergang des mittelbaren Besitzes überhaupt nicht bewirken kann; womit allerdings die Möglichkeit des Uebergans des **dinglichen** Herausgabeanspruchs[2]) nicht bestritten werden soll. Ist daher der mittelbare Besitz des Kindes trotz Bestehens eines Herausgabeanspruchs gegen den Vater, wie wir gesehen haben, nicht übertragbar, so hat dies seinen Grund

[1]) Vgl. Reichsgerichtsräte-Kommentar zu § 870 Anm. 1; Staud.-Kober zu § 870, S. 79. Anders allerdings Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter S. 97 ff; Stolz S. 69.

[2]) Um die Uebertragung **dieses** Anspruches dürfte es sich in dem von Kress erwähnten Fall in erster Linie handeln.

in der durch die elterliche Gewalt besonders gestalteten Rechtslage und es erscheint unerfindlich, wie man daraus die Folgerung ziehen kann, den mittelbaren Besitz des Kindes überhaupt zu leugnen.

**V.** 1) Besteht sonach bei den dem Kinde gehörigen, vom Vater in seine tatsächliche Gewalt genommenen Vermögensgegenständen regelmässig ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB., so wollen wir nunmehr unsern Blick noch kurz auf den während der Dauer der elterlichen Gewalt gemachten Erwerb werfen. Hierbei wäre zunächst darauf hinzuweisen, dass es auch dem Kinde nicht verwehrt sein kann, unmittelbaren Besitz selbst zu erwerben. Indem das moderne Recht den Besitz unter den Begriff der **tatsächlichen** Gewalt einer Person zur Sache, an die die Rechtsordnung gewisse Rechtsfolgen knüpft, zu bringen verstand, hat es bewusstermassen den Erwerb des Besitzes von dem früher geltenden ausschlaggebenden Willensmoment befreit[1] [2]).

Dass der Gesetzgeber hiebei nicht jeden Willen grundsätzlich ausschalten wollte, geht aus der Entstehungsgeschichte der Rechtsnormen über den Besitzerwerb[3]) eindeutig hervor und bedarf daher keiner weiteren Erörterung. Daraus ist zu schliessen, dass das Kind insoweit, als es den psychologischen oder natürlichen Willen[4]), Herr der Sache zu sein, zu äussern imstande ist, auch unmittelbaren Besitz erwerben kann.

---

[1]) Der Wille ist daher bei § 854 nicht der ausschlaggebende Faktor. vgl. Biermann, Erläut. zu § 854,3 S. 10; Rosenberg: Sachenrecht S. 27; R.G.R.K. zu § 854; Crome Bd. III. S. 27 ff, S. 39; v. Thur II. 2. Hälfte S. 372; Manigk.: Willenserklärung und Willensgeschäft S. 549, 655; Breit: Geschäftsfähigkeit S. 239 ff; Eger: Vertretung beim Eigentumserwerb S. 5 und vor allem Strohal S. 76 und 77. **Dagegen** betonen den Willen vor allem Bruns S. 58 ff; Kress S. 133; Wendt im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87. S. 1 ff; Sokolowski S. 243, 431.

[2]) Bezügl. der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person sprach daher schon der § 800 Abs. 2 des 1. Entw. die Möglichkeit des Besitzerwerbs aus. Diese Vorschrift wurde jedoch von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen. Vgl. Prot. II. 3 S. 33.

[3]) Prot. Bd. III. S. 3335 ff.; vgl. auch Draganesko: die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertretung, Berlin 1916 und die dort angegebene Literatur, sowie Zirpins S. 21.

[4]) Vgl. dazu Frank a. a. O. S. 36; Zirpins S. 22; Schindler S. 17; Stolz S. 18 sowie Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Diss. 1901. S. 1 ff.

2) Hat dagegen, wie in der Regel, der Vater während der Dauer seiner gesetzlichen Vertretungsbefugnis Sachgüter für das Kind erworben und in seine tatsächliche Gewalt genommen, so erwirbt das Kind, sofern es Eigentümer dieser Sachen wird, gleichzeitig originär den mittelbaren Besitz. Wohl kann man hier von einer Ableitung des unmittelbaren Besitzes vom mittelbaren im strengen Sinne des Wortes nicht reden, jedoch ist dieses Merkmal, wie wir festgestellt haben, nicht in dem engen Sinn des eigentlichen Wortlauts auszulegen. Entscheidend ist vielmehr, dass mit der Einverleibung der Sachen in das Kindesgut ein Anwartschaftsrecht des Kindes auch bezüglich dieser Sachen entsteht und der Vater die Sachen sonach als anvertrautes Gut innehat und demgemäss behandelt.

Wenn der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen erwirbt, so verlangt das Gesetz (§ 1646) für den Eigentumserwerb und damit indirekt auch für den Besitzerwerb des Kindes den Willen des Vaters, für das Kind und nicht für sich zu erwerben; ein Fall, in dem ausnahmsweise auch für den Besitzerwerb der Wille des Vertreters entscheidend ist. Dass daraus kein allgemeines Willenserfordernis für den Erwerb des mittelbaren Besitzers hergeleitet werden kann, ergibt sich jedoch daraus, dass diese Vorschrift sich auf den Eigentumserwerb bezieht und nur infolge der Abhängigkeit des Besitzerwerbs von dem des Eigentums für ersteren heranzuziehen ist.

Hat dieser Wille nicht vorgelegen, so kann der Vater aber immer noch Eigentum und gleichzeitig mittelbaren Besitz, nämlich gemäss § 181 des BGB. übertragen, vorausgesetzt, dass der Uebertragungswille irgendwie erkennbar in Erscheinung tritt[1]).

3) Die Frage, ob es sich in den eben behandelten Fällen des Besitzerwerbs um einen Besitzerwerb durch **Stellvertretung**, um eine nur analoge oder sinngemässe[2]) Anwendung der Stellvertretungsbegriffe oder um einen Besitzerwerb kraft besondern Rechtsatzes handelt, ist in den Kommentaren, Abhandlungen und Dissertationen so eingehend behandelt, dass wir es unterlassen können, auf diese Streitfrage näher einzugehen.

---

[1]) Vgl. RG. 76 S. 138.

[2]) Vgl. Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB., Diss. Freiburg 1900, S. 63 und Zitpins S. 23.

Hingewiesen sei nur darauf, dass der Gesetzgeber, indem er den Besitz grundsätzlich von jedem rechtlich relevanten Willen loslöste und die Rechtsfolgen lediglich an den objektiven Tatbestand knüpfte, eine juristische Vertretung hiebei logischerweise ausschliessen wollte[1]). Lediglich in **einem** speziellen Fall wird man wohl mit Recht von einer Stellvertretung im Besitzerwerb reden können. Kann doch ein mittelbarer Besitz für das Kind auch dadurch entstehen, dass der Vater durch Abschluss eines auf das Kindesgut sich beziehenden Rechtsgeschäftes mit einem dritten einen obligatorischen Herausgabeanspruch erhält. Schliesst der Vater dieses Geschäft, wie gewöhnlich, im eigenen Namen, so entsteht für das Kind unbestrittenermassen der sog. zweitstufige mittelbare Besitz; handelt er jedoch ausdrücklich, oder in erkennbarer Weise im **Namen** des Kindes und verschafft er damit dem Kinde **unmittelbar** den Herausgabeanspruch, so werden wir unbedenklich auch von einem durch Stellvertretung erlangten alleinigen mittelbaren Besitz des Kindes reden können[2]). Dabei aber kann es keinen Unterschied machen, ob der Vater in Beziehung auf freies oder unfreies Kindesvermögen handelt, da nicht das eigene Interesse, sondern allein das Handeln in eigenem oder fremdem Namen entscheidend wirkt, zumal ausserdem der Vater jederzeit die Möglichkeit besitzt, den Anspruch des Kindes als gesetzlicher Vertreter selbst geltend zu machen.

---

[1]) Es könnte sich also nur um eine tatsächliche Stellvertretung (so Heinrichs S. 50) oder eine analoge Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze handeln, eine theoretische Künstelei, die im Gesetz keinerlei Stütze findet und auch jeglichen Bedürfnis ermangelt, nachdem § 801 des 1. Entwurfs nicht aufgenommen wurde und der Gesetzgeber in den §§ 855 u. 866 die Besitzverhältnisse erschöpfend und in eindeutiger Weise **ohne** Anlehnung an die Stellvertretungsgrundsätze geregelt hat. Für zulässig hält die Stellvertretung Draganesko S. 79 und die dortige Literatur.

[2]) Vgl. Wolff § 14, S. 37; Bruns S. 96, Rhode Bd. XXI. S. 59 unten; RG. im Recht 1912 Nr. 2253; Biermann S. 36; Kress S. 184.

## B) Besondere Gestaltung der Besitzlage.

### § 5. Die Besitzverhältnisse bei Ausschluss des Verwaltungs- bezw. Nutzniessungsrechtes.

1) Ein grosser Teil der Schriftsteller behandelt die besitzrechtliche Stellung des Gewalthabers verschieden, je nachdem es sich um sog. freies oder unfreies Kindesvermögen handelt. Dabei mag manchem der Gedankenweg vorschweben, dass die Stellung des Vaters am unfreien Kindesvermögen infolge des § 1652 BGB., wonach er die Nutzungen des seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögens in demselben Umfang wie ein Niessbraucher erwirbt, der des Niessbrauchers äusserst ähnlich sei und daher im Gegensatz zu der bezüglich des freien Kindesvermögens bestehenden blossen Verwalterstellung die Anwendung des § 868 BGB. **ausschliesslich** erfordere.

Andere Schriftsteller mag das bei der Nutzniessung vorhandene **eigene Interesse** und die damit verbundene (sich mehr oder weniger an Förtsch anschliessende) Annahme, dass der Vater bezüglich des freien Kindesvermögens die Gewalt für den Vertretenen, nicht für sich selbst ausübe, zu dieser Unterscheidung veranlasst haben[1]). Wieder andere mögen von der zweifellos richtigen Anschauung ausgegangen sein, dass die zum freien Kindesvermögen gehörigen Sachen ganz offenbar Teilen des gesetzlichen Vorbehaltsgutes[2]) beim gesetzlichen Güterstand entsprechen, auch von der Verkehrsanschauung regelmässig als in der tatsächlichen Gewalt des Kindes befindlich angesehen werden.

2) Die von diesen Vertretern allgemein streng nach dem Gesichtspunkt ihrer Zugehörigkeit zum freien oder unfreien Kindesvermögen vorgenommene Scheidung in der besitzrechtlichen Stellung des Gewalthabers kann nun aber nicht befriedigen und einer näheren Untersuchung nicht standhalten. Betrachten wir die Stellung des Vaters zu den zwei Vermögensmassen des Kindes, nämlich der von der Nutzniessung freien (vom Gesetz in § 1650 BGB. „freies Vermögen“

[1]) So vor allem Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 16 ff; Cosack, 5. Aufl., S. 656; Kniep S. 146 ff; Ernst S. 36; Männer S. 171; Endemann, II, 1 § 31, S. 159 Anm. 25.

[2]) Das nach herrschender Meinung im Alleinbesitz der Frau steht; andere Meinung allerdings Josef im Arch. für bürg. Recht Bd. 15. S. 269.

genannten) und dem der Nutzniessung unterliegenden (vom Gesetz nicht näher bezeichneten, aber zweckmässigerweise „unfreies Vermögen“ zu nennenden[1]), so ergeben sich zweifellos insoweit Unterschiede, als die elterliche Gewalt bezügl. des freien Vermögens vormundschaftsähnlichen[2]) Charakter aufweist, da nur die Verwaltungspflicht des Vaters unverändert bestehen bleibt, während sich sonst die Stellung des Vaters an die des Ehemanns beim gesetzlichen Güterstand anzulehnen scheint. Völlig verfehlt erscheint es jedoch, daraus irgendwelche Schlüsse auf eine verschiedenartige besitzrechtliche Position des Gewalthabers zu den einzelnen Vermögensmassen zu ziehen.

Denn ebenso wie beim Ehemann nicht die Stellung als Nutzniesser, sondern in erster Linie als Verwalter oder, wie Staudinger[3]) treffend hervorhebt, als sog. Oberhaupt der Familie, die Anerkennung des durch § 1373 gewährten Besitzrechtes zur Folge hat, kann der Grund des Besitzes beim elterlichen Gewalthaber weniger in der nur als Ausfluss der elterlichen Gewalt erscheinenden väterlichen Nutzniessung[4]), als vielmehr in seiner Stellung als Gewalthaber und damit als gesetzlicher Vertreter[5]) und Verwalter des Kindesvermögens begründet liegen. Dass das Verwaltungsrecht oder, besser gesagt die vormundschaftliche Verwaltungspflicht[6]) des Vaters den primären Grund seines Besitzrechtes abgibt, geht aber weiterhin ganz deutlich aus § 1656 BGB. hervor, der den Vater im umgekehrten Fall, nämlich bei Ausschluss seiner Verwaltungsbefugnis[7]) lediglich

[1]) So Planck Bd. IV, zu § 1649 Anm. 2; Opet S. 258, 1.

[2]) Die Gründe sind in den Motiven IV. S. 476 ff. angegeben, vgl. Kempe S. 38.

[3]) A. a. O. zu § 1373.

[4]) Nach Spahn S. 93 hat das Institut der elterlichen Gewalt überhaupt mehr vormundschaftlichen Charakter, aus deren eigentlichem Rahmen die elterliche Nutzniessung herausfällt. Dagegen bringt Strohal: Sachbesitz S. 14 den Vater ausdrücklich unter die Kategorie der Nutzbesitzer anstatt unter die der Verwaltungsbesitzer.

[5]) Vgl. § 1630 BGB; dieses besonders charakteristische Moment fehlt beim ehelichen Güterrecht. Crome zu § 344 II b, I c spricht daher von Vertretungsbesitz. Vgl. auch Dernburg IV. S. 425.

[6]) Nach Rosenthal S. 14 ist diese scharf von der Nutzniessung zu trennen.

[7]) Dies ist der Fall 1.) bezügl. des Vermögens, das das Kind von Todes wegen oder unentgeltlich unter der Bestimmung erwirbt, dass das Zugewendete der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll (§ 1638 BGB.) 2.) bezügl. des auf Grund des analog angewendeten Prinzips der beschränkten Surrogation an dessen Stelle getretenen Gutes (§ 1646); vgl. Spahn S. 95; Kempe S. 35. 3.) Bei § 1647 (Endigung der Vermögensverwaltung durch Konkurs). 4.) Bei § 1666 Abs. 2, 1670, 1740, 1760, 1761 (Entziehung des Verwaltungsrechts durch das Vormundschaftsgericht). 5.) Bei § 1676—78

auf den Herausgabeanspruch gegen den gesetzlichen Vertreter, der in diesem Fall, wie Geissler[1]) richtig betont, den Besitz für Rechnung des Vaters ausübt, verweist.

Die **Ausübung** der Nutzniessung setzt also notwendig ein Verwaltungsrecht voraus, während im umgekehrten Fall das Verwaltungsrecht unabhängig von dem Bestehen des Nutzniessungsrechtes existieren kann.

Wenn es nun auch äusserlich schwieriger erscheinen mag, den blossen Verwaltungsbesitz unter den Begriff des „ähnlichen Verhältnisses" des § 868 BGB. zu bringen als den regelmässig damit verbundenen, dem Niesbrauch besonders ähnlichen sog. Nutzungsbesitz, so darf man doch daraus nicht die falsche Folgerung ziehen, die väterliche Nutzniessung als ausschlaggebendes Kriterium seines Besitzmittlungsverhältnisses bei der elterlichen Gewalt anzusehen. Müsste doch diese Ansicht zu der völlig abwegigen Konsequenz führen, dass allen in fremdem Interesse handelnden Verwaltungsbesitzern, wie vor allem dem Vormund, die Begründung eines Verhältnisses im Sinne von § 868 BGB. versagt wäre[2]).

Und doch liegen beim Vormund die dem § 868 BGB. charakteristischen Merkmale, vor allem die Ableitung seines unmittelbaren Besitzes vom mittelbaren in der oben dargelegten Bedeutung in gleichem Masse wie beim Niessbraucher vor, was insofern verständlich erscheint, als die Stellung des Beauftragten oder die die des Verwahrers in ähnlicher Weise eine Verwaltungspflicht in fremdem Interesse in sich birgt.

Schon in Anlehnung an dieses der Vormundschaft eigentümliche Besitzrechtsverhältnis kann es daher keinem Zweifel unterliegen, dass auch dem der Nutzniessung, nicht aber (wie beim ge-

(Ruhen der elterlichen Gewalt). 6.) Bei § 1628 in Verbindung mit § 1638 (Bestellung eines Pflegers bei tatsächlicher oder rechtlicher Verhinderung). 7.) Bei § 1639 (Uebertragung der Vermögensverwaltung der Mutter auf einen Beistand); vgl. Zacharias-Langhans S. 34.

[1]) A. a. O. S. 46.

[2]) Die herrschende Meinung erkennt, ebenso wie beim Vater, den Verwaltungsbesitz des Vormunds im Sinne von § 868 des BGB. an, vgl. dazu Staudinger-Kober S. 27; Spahn S. 240; Eck S. 6; Leonhard S. 62; Buhl: Recht der bewegl. Sachen 1901, S. 23; Kniep S. 50; Dernburg: Bürg. Recht B. III, § 14, S. 53; Przibilla in Jherings Jahrb. Bd. 50. S. 359; Weidemann: Der mittelbare Besitz des BGB., Berlin 1902 S. 17; Fuchs, Kommentar von Hölder u. a. zu § 1793; v. Blume Anm. 2b zu § 1793; Hoos. S. 41 und Rhode Bd. XXI. S. 17, 22.
Anderer Ansicht Strohal S. 16; Bunsen: Einführung Bd. II. S. 12 f; Ernst S. 36.

setzlichen Vorbehaltsgut) der Verwaltung des Kindesvermögens beraubten Vater die Stellung eines Besitzmittlers zuerkannt werden muss. Unverständlich und unlogisch erscheint besonders die von Endemann vertretene Ansicht, die auf der einen Seite Verwaltungsbesitz des Vormunds und Pflegers anerkennt, auf der andern Seite aber grundsätzlich bezügl. des freien Kindesvermögens einen unmittelbaren Eigenbesitz des Kindes gelten lässt. Wir kommen daher zu dem Schluss, dass eine verallgemeinernde, verschiedenartige Beurteilung bestimmter Vermögensmassen, mögen auch die tatsächlichen Verhältnisse in vielen Fällen einen unmittelbaren Eigenbesitz des Kindes rechtfertigen, völlig rechtsirrig erscheint und unbedingt abzulehnen ist.

Dabei soll nicht bestritten, im Gegenteil erst recht betont werden, dass, wie schon mehrfach ausgeführt, für die Feststellung der Besitzverhältnisse bei dem Institut der elterlichen Gewalt weniger die allgemeine Regel des § 868, als die im Einzelfall nach der Verkehrsanschauung zu beurteilenden tatsächlichen Verhältnisse massgebend sein müssen[1]). Dies hat jedoch — und das ist im Unterschied zu Endemann und anderen Autoren das Entscheidende — ganz allgemein, sowohl für das freie, wie für das unfreie Kindesvermögen zu gelten, zumal, wie Kress S. 281 richtig betont, die einzelnen Bestandteile des Kindesvermögens der Verkehrsauffassung völlig fremd sind.

3.) Als Ergebnis unsrer Betrachtungen können wir daher feftstellen, dass der Vater auf Grund seiner durch § 1638 begründeten Vermögensverwaltung dem vom ihm vertretenen Kinde **am vorhandenen und später erworbenen Kindesvermögen regelmässig den mittelbaren Besitz vermittelt, jedoch nur insoweit, als er nach der Verkehrsanschauung[2]) als Inhaber der tatsächlichen Gewalt anzusprechen ist[3])**. Eine tatsächliche Gewalt wird ihm **normalerweise** fehlen, soweit ihm die den Besitz rechtfertigende **Vermögens-**

[1]) Daher hält es z. B. Hoos S. 41: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter Diss. Erlangen 1904 für falsch, überhaupt einheitliche Normen aufzustellen.

[2]) Richtig auch Crome § 344 II. b I c Anm. 9 der bezügl. der Selbständigkeit der gesetzlichen Vertreter auf den Einzelfall abstellt und die Verkehrsanschauung in den Vordergrund rückt.

[3]) Vgl. Ernst S. 37: „stets haben wir unser Augenmerk darauf zu richten, ob Verhältnisse aus § 868 nicht aus besonderen Gründen abzugliedern sind."

[4]) Da sich die Sachen im Gewahrsam des gesetzlichen Vertreters bezw. Pflegers befinden, vgl. Kress S. 281 unten.

**verwaltung entzogen**[1]) (s. oben) und er lediglich auf einen Herausgabeanspruch gegen den die Verwaltung und damit auch den Besitz ausübenden gesetzlichen Vertreter angewiesen ist.

Inwieweit ausserdem die Regel von der Macht der besonderen tatsächlichen Verhältnisse durchbrochen wird, soll im nächsten Paragraphen noch näher untersucht werden.

## § 6. Einzelfälle.

(Ausnahmen).

### I. Alleinbesitz und Besitzdienerschaft des Kindes.

1) Die durch das Gesetz in § 854 zum Ausdruck gekommene Begriffsbestimmung des unmittelbaren Besitzes, welche, 1.) eine tatsächliche Beziehung zur Sache, 2.) die Anerkennung dieser Beziehung als tatsächlicher Gewalt[2]) durch die Verkehrsanschauung normiert, zwingt uns nun aber in Abweichung von der oben aufgestellten Regel in vielen Fällen, in denen das Kind seine Sachen selbst in Gewahrsam hat, nicht nur einen mittelbaren Besitz, sondern sogar einen unmittelbaren Besitz des Kindes anzunehmen.

Dabei erscheint es im Einzelfall besonders schwierig festzustellen, wann die Herrschaft des Kindes über seine Sachen als eine solche anzusprechen ist, dass sie auch von der Verkehrsanschauung als „Gewalt" anerkannt werden kann. Ist doch auch mit dem Begriff Verkehrsanschauung zunächst sehr wenig geholfen. Denn einmal erscheint diese uneinheitlich und ist nicht leicht feststellbar, andererseits mag es überhaupt bedenklich erscheinen, die rein juristischen Besitzbegriffe von den Anschauungen des Verkehrs, der kaum den Unterschied von Besitz und Eigentum kennt, völlig abhängig zu machen. Allein die auf das tatsächliche Verhältnis abstellenden Normen des Gesetzes zwingen uns dazu, und so müssen wir uns zunächst die Frage vorlegen: Wann erkennt der Verkehr die Beziehungen einer Person zur Sache regelmässig als „Gewalt" über sie an oder, besser gesagt: wann erscheint dem

[1]) Da sich die Sachen in Gewahrsam des gesetzlichen Vertreters bzw. Pflegers befinden vgl. Kress S. 281 unten.

[2]) Diese ist ein Machtverhältnis, das dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint. Vgl. Planck zu § 854, 2, S. 38; Biermann zu § 854, 2; Endemann § 29, 3; Haussmann S. 7.

Gemeinbewusstsein ein gewisses Machtverhältnis als „Gewalt“ im Sinne des Gesetzes. Dafür entscheidend ist in erster Linie die Beherrschung der Sache und die Respektierung dieser Herrschaft derart, dass jeder Dritte normalerweise sich hüten müsste, dieser Herrschaft, selbst wenn er sich berechtigt glaubte, **eigenmächtig** entgegenzutreten. Es wird also auch bezügl. der zum Kindesvermögen gehörenden Sachen vor allem darauf ankommen, ob die tatsächliche Beziehung des Kindes zu den einzelnen ihm überlassenen Gegenständen von Dritten als eine zu respektierende[1]) Herrschaft anerkannt wird.

Hierzu ist dann weiterhin, unabhängig von einer bestimmten Altersgrenze des Kindes, vom Kinde legiglich zu verlangen, dass es den natürlichen Willen hat, die in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen als in seiner Gewalt befindlich zu betrachten; wie dies vor allem bezügl. der ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch des Kindes dienenden Sachen[2]) wie Kleider, Arbeitszeug, Spielsachen, schon sehr frühzeitig, jedenfalls vor Erreichung des 7. Lebensjahres, anzunehmen sein wird.

Trotzdem wird die Anerkennung des unmittelbaren Eigenbesitzes des Kindes von manchen Autoren, wie z. B. Kress (S. 281 oben) bestritten, der behauptet, Ehefrau und Kinder hätten innerhalb ihrer Hausgemeinschaft überhaupt keinen Besitzwillen, allenfalls nur den sog. animus pro alieno possidendi und könnten daher grundsätzlich nur als Besitzdiener des Familienoberhauptes angesprochen werden.

Dieser verallgemeinernden Ansicht steht nun aber einmal entgegen, dass zum mindesten die zum Haushalt gehörigen erwachsenen Familienmitglieder nicht ohne weiteres vom Haushaltungsvorstand sozial abhängig oder geistig beherrscht erscheinen[3]).

Andrerseits mag richtig sein, dass das Kind z. B. bezüglich aller im Eigentum der Eltern stehenden, dem Kinde nur zur vorübergehenden Benutzung überlassenen Sachen keine ihm selbst zu-

---

[1]) Vergl. hierzu RG. 66. S. 263, Windscheid-Kipp § 153, 4; Rosenberg zu § 868, S. 19.

[2]) Dies sind die Hauptbestandteile des sog. freien Vermögens vgl. Motive Bd. 4. S. 773. Vgl. auch Kniep S. 147.

[3]) So Nassauer S. 27.

stehende, sondern lediglich die Gewalt der Eltern ausübt, soweit die Zugehörigkeit der Sachen zum Geschäftskreis des Vaters genügend gekennzeichnet erscheint.

Nicht zu verkennen ist weiterhin die unmittelbare Anwendbarkeit des § 855 in allen den Fällen, wo Familienangehörige, also insbesondere Kinder, im Haushalt und im Geschäft des Vaters tätig werden[1]) und in Ausübung dieser Funktion Gegenstände benützen oder für den Vater erwerben, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob die Unterordnung auf einem besonderen Dienstvertrag oder auf der hausherrlichen Gewalt allein beruht[2]).

2) Wesentlich anders verhält es sich jedoch bezüglich der dem Kinde selbst gehörigen und ihm zum persönlichen Gebrauch übergebenen Gegenstände. Auch hier mag zweifellos ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis nach wie vor bestehen. Dies offenbart sich jedoch nicht auf Grund der Innehabung, sondern nur als Ausfluss des väterlichen allgemeinen Entscheidungsrechtes. Die aus dem Institut der elterlichen Gewalt als solcher sich ableitende allgemeine Unterordnung des Kindes ist daher, soweit das Kind im übrigen die besitzrechtlich anerkannte tatsächliche Gewalt für sich selbst ausübt, zur Anwendung des § 855 BGB. nicht zu verwerten. Aber auch der weiteren Annahme, das Kind könne innerhalb der Hausgemeinschaft, also bezüglich der in der elterlichen Wohnung befindlichen Sachen überhaupt keinen Alleinbesitz haben, ist nicht zuzustimmen. Diese Ansicht wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn das Gesetz dem gesetzlichen Vertreter **ipso jure** einen Besitz an allen seiner Verwaltung unterliegenden Sachen zuerkannt hätte. Da dies jedoch, wie wir oben schon festgestellt haben, weder bei § 1373 BGB. noch bei §§ 1638 ff. BGB. vom Gesetzgeber gewollt war, muss es auch dem Vater, ebenso wie dem Ehemann bezüglich der zum eingebrachten Gut gehörigen Sachen, unbenommen bleiben, gewisse in seiner Wohnung befindliche Ver-

---

[1]) Unrichtig erscheint jedoch die Ansicht Knieps S. 238: „Die dauernden Hausgenossen vertreten bei uns die Stelle der römischen Sklaven". Diese konnten nichts für sich erwerben, dagegen sind die heutigen Hausgenossen dazu in der Lage und tun dies, insoweit sie nicht innerhalb eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses handeln.

[2]) Vgl. RG. 71. S. 250; Rosenberg zu § 855, S. 44; Bruns S. 148.

mögensstücke des Kindes in dessen tatsächlicher Gewalt zu belassen, woraus sich die Möglichkeit einer unmittelbaren Sachherrschaft und damit eines Alleinbesitzes des Kindes klar ergibt[1]).

Auch ist gegenüber Kress besonders darauf hinzuweisen, dass das Kind bei den seinem eigenen persönlichen Gebrauch dienenden Sachen gerade den Willen haben dürfte, die Gegenstände für **sich** und nicht für seinen Gewalthaber inne zu haben. Bei Vorliegen des natürlichen Willens des Kindes und der Anerkennung der tatsächlichen Gewalt durch die Verkehrsanschauung kann daher unbedenklich dem Kinde der Alleinbesitz zuerkannt werden[2]).

3) Man wird noch weiter gehen können und an allen Gegenständen, die der Vater dem Kinde zu freiem Gebrauch endgültig belassen oder wieder überlassen hat[3]), unabhängig von einer etwaigen räumlichen Entfernung Alleinbesitz des Kindes anzunehmen haben, so z. B. bezüglich der dem Kinde gehörigen, in seinem abgetrennten Zimmer befindlichen Möbel, Bücher und sonstiger der Gewalt des Vaters nicht unterstehender Gegenstände, wie des Fahrrads, Fussballs oder des zu freier Verfügung stehenden Taschengelds (§ 110 BGB).

Hiemit in Einklang zu bringen ist auch die Ansicht von Kipp[4]), der beim Vormund in Ansehung der dem Mündel gehörigen Gegenstände ganz auf die Umstände abstellt, ob das Kind Alleinbesitzer ist, der Vater dasselbe nur beaufsichtigt und nach aussen hin die Stellung des Kindes unterstützt, oder ob der Vater die Sachen in unmittelbarem, das Kind in mittelbarem Besitz hat.

Denn, hat der Vater die Sachen dem Kinde nicht endgültig überlassen, (das Zimmer des Kindes ist dem Vater ständig zugänglich; die dem Kind gehörigen Sachen werden vom Vater mit-

---

[1]) So auch Biermann zu § 854, I, 1. S. 19 und bezügl. der Stellung der Frau RG. in Warneyers Jahrb. 1911, S. 190 (J. W. 1911, S. 327 Recht 1911 Nr. 13/15). Andrer Ansicht allerdings RG. im Recht 1914 Nr. 217.

[2]) Vgl. Ernst S. 36 „Der Vater hat überhaupt keine Innehabung, wenn das Kind die Sachen ausschliesslich in seiner Gewalt hat." Vgl. auch Strohal S. 16 und Prot. III. S. 333.

[3]) Vgl. Fuchs zu § 1793 S. 94. Dagegen nimmt Wolff II. Bd. 1. Abt. § 6 III 4 bezügl. der dem Kinde gehörigen, vom Vater zu Spiel oder Arbeit überlassenen Sachen meist Besitzdienerschaft an; vgl. dazu von Thur Allg. Teil II. 1. S. 362.

[4]) Vgl. Ennecc.-Kipp-Wolff II. Bd. 2. Abt. § 114 S. 454.

benutzt), so sprechen eben die tatsächlichen Umstände für eine unmittelbare Gewalt des Vaters und einen nur mittelbaren Besitz des Kindes. Ob man in diesem Fall dem Kinde neben einem mittelbaren Besitz noch die Rolle eines Besitzdieners zuerteilen[1]), oder das Kind lediglich als Werkzeug für die Betätigung der tatsächlichen Gewalt durch den Vater ansprechen will, ist von keiner grossen praktischen Bedeutung und ist verschieden zu beurteilen, je nachdem die Verhältnisse auf eine, wenn auch nur unselbständige Gewalt[2]) **des Kindes** oder auf eine direkte Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den **Vater**, wobei er natürlich auch die Hilfe des Kindes in Anspruch nehmen kann[3]), hindeuten. Denn für die Annahme des § 855 ist die Auffassung des Lebens Gradmesser.

4) Unabhängig von diesen tatsächlichen Verhältnissen könnte man nun aber auch auf den Gedanken kommen, alle oben erwähnten Fälle mit einem **Verzicht** des Vaters auf die Verwaltung gewisser zum Kindesvermögen gehörender Vermögenskomplexe und damit auch von vornherein des Besitzes begründen zu wollen. Diese Auffassung geht aber, mag sie auch einen richtigen Kern in sich bergen, jedenfalls in der Formulierung fehl, da der Charakter der elterlichen Gewalt, die nicht nur ein Verwaltungsrecht, sondern vor allem auch eine Verwaltungs**pflicht** begründet, einen regelrechten Verzicht, wie dies bezüglich des Nutzniessungsrechtes möglich erscheint, nicht zulässt[4]). Dem steht nicht entgegen, dass das Verwaltungsrecht in gewissen vom Gesetz besonders geregelten Fällen als ausgeschlossen zu gelten hat. Zwar hat das bürgerliche Gesetzbuch bei der Regelung der elterlichen Gewalt keine besonderen Bestimmungen für die unter § 112 und 113 des BGB. fallenden Minderjährigen erlassen, doch ergibt sich aus Zweckbestimmung und der Entstehungsgeschichte deutlich, dass das dem

---

[1]) Rhode Bd. XX. S. 40, Bd. XXI. S. 46; Fuchs zu § 1793.

[2]) Dies ist wohl das charakteristische Merkmal von § 855; So auch Stolz S. 39. Der Streit, ob bei § 855 tatsächliche Gewalt erfordert wird oder nicht, hat seinen Grund in der sprachlich ungenauen Fassung des Gesetzes; klärend wirkt jedoch unsere Formulierung.

[3]) Rhode Bd. XX. S. 1 ff. spricht von „Vertretern in der Ausübung" und von blossen „Besizgehilfen", wenn eine unmittelbare ausschliessliche Einwirkungsmöglichkeit des Besitzers als solchem gegeben ist.

[4]) Vgl. auch RG. 60 S. 268, anderer Ansicht anscheinend Landgericht Dresden 26. 2. 1907, in Warneyer, 6. Jahrgang S. 178.

Schutze des Minderjährigen dienende Verwaltungsrecht und das damit verbundene Recht des Vaters zur Inbesitznahme insoweit nicht bestehen kann, als das Kind in der Lage ist, gewisse Vermögensstücke in einer dem Volljährigen gleichkommenden Stellung selbst zu verwalten[1]). So heisst es in den Motiven Bd. 3 zum Entwurf I S. 763: Nur in Ansehung derjenigen Gegenstände, die das Kind durch den ihm nach Massgabe des § 67 (§ 112 BGB.) gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, ist nach Massgabe des § 67 auch die elterliche Verwaltung ausgeschlossen.

Diese Auffassung muss noch heute gelten; denn es wäre widersinnig, wollte man auf der einen Seite dem Kinde die freie Verfügungsmöglichkeit innerhalb des durch die §§ 112, 113 gegebenen Rahmens einräumen, um ihm auf der andern Seite die zur Ausübung des Erwerbsgeschäfts oder seiner sonstigen Arbeit dienenden Sachen zu Gunsten eines auf der Minderjährigkeit, sonach dem Mangel der Verfügungsbefugnis beruhenden Besitzrechts des Vaters zu entziehen[2]).

Es handelt sich also hier um Fälle, in denen dem Minderjährigen innerhalb eines bestimmten, seine Selbständigkeit rechtfertigenden Rahmens gewisse Gegenstände kraft Gesetzes endgültig überlassen erscheinen, woraus sich, abgesehen von dem Falle einer freiwilligen Uebergabe der Gegenstände an den Vater, regelmässig ein unmittelbarer Eigenbesitz des Kindes erklärt.

Stellt man weiter auf den Einzelfall ab und geht man davon aus, dass auch die Unmöglichkeit eines allgemeinen Verzichts auf das Verwaltungsrecht von Seiten des Vaters demselben nicht verbietet, im Rahmen einer ordnungsmässigen Verwaltung Gegenstände der alleinigen endgültigen Benutzung (s. o.) durch das Kind zuzuführen bezw. ihm den Besitz zu überlassen, so erscheint es einleuchtend, dass auch in den weiteren, oben bereits näher skizzierten Fällen, normalerweise ein von der Allgemeinheit respektierter Alleinbesitz des Kindes anzuerkennen ist.

---

[1]) Geissler S. 60 spricht ebenfalls von einer gewissen selbständigen Vermögensverwaltung in den Fällen des § 110, 112, 113 BGB.

[2]) Vgl. zu dieser Frage Kipp 12.—14. Aufl. II., 2 § 80, 2 S. 311.
Staudinger Vorbem. zu § 1638. 3e.
Fuchs zu § 1793 S. 94
Schefold, im Arch. f. civ. Praxis Bd. 94, S. 305 ff.
Eck im Arch. für bürg. Recht Bd. 41. S. 87
Geissler S. 60

Dass hierbei das räumliche Verhältnis ein besonderes Symptom für eine tatsächliche Gewalt des Kindes darstellt oder zum mindesten hinreichende Anhaltspunkte für die Tatsache einer nicht nur vorübergehenden Ueberlassung durch den Vater zu geben vermag, wie z. B. bei dem minderjährigen Studenten, der die Hochschule bezieht[1]), soll nicht verkannt werden. Als entscheidendes Merkmal ist jedoch dieses räumliche Verhältnis nicht anzusehen; es vermag uns nur Fingerzeige für den Willen des gesetzlichen Vertreters und seine Beteiligung bezw. Nichtbeteiligung an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu geben.

### II. Besitzdienerschaft und Alleinbesitz des Vaters.

1) Werfen wir nun auch noch einen Blick auf den wohl selten vorkommenden Fall, dass der Vater in dem dem Kinde gehörigen und von demselben in eigenem Namen geführten Geschäfte Dienste leistet, so werden wir insoweit, als diese Tätigkeit einem Dienst- bezw. Auftragsverhältnis entspringt, auch eine Besitzdienerschaft des Vaters nicht leugnen können; denn an der in diesem Falle zweifellos vorhandenen Unterordnung unter den Betrieb und die Führung des Geschäfts durch das minderjährige Kind kann naturgemäss auch das ausserhalb derselben bestehende elterliche Gewaltverhältnis des Vaters nichts ändern.

2) Dagegen erscheint die Möglichkeit eines Alleinbesitzes des Vaters am Kindesvermögen ohne gleichzeitigen mittelbaren Besitz des Kindes nicht gegeben, da jeder Fremdbesitzer naturnotwendig als Besitzmittler erscheint[2]). Wie wir festgestellt haben, bildet die Grundlage, wenn auch nicht das charakteristische Merkmal des mittelbaren Besitzes, der sich aus diesem ergebende Herausgabeanspruch. Dieser ist aber bezüglich aller dem Kinde gehörigen, im unmittelbaren Besitz des gesetzlichen Vertreters befindlichen Gegenstände vorhanden, womit zwangsläufig auch die nahe Beziehung zur Sache und damit der mittelbare Besitz gegeben erscheint.

---

[1]) Diesen Fall betont besonders Förtsch in Gruchots Beiträgen Bd. 43. S. 545 ff. Przibilla in Iherings Jahrb. Bd. 50. S. 358.
Leonhard S. 62; Stolz S. 78; Hoos S. 41; Heinrichs S. 53.

[2]) Vgl. Dernburg. § 13, Bd. 1 S. 53.
Bruns a. a. O. S. 153 ff.

### III. Mitbesitz.

Eine in der Literatur teilweise viel erörterte Frage bezieht sich auf die Annahme bezw. Nichtannahme eines Mitbesitzes an dem von den Ehegatten gemeinsam benutzten Hausgut. In Anbetracht der Aehnlichkeit der elterlichen Gewalt mit dem Institut der eheherrlichen Verwaltung und Nutzniessung erscheint es daher geboten, diese Frage auch hier, wo es sich in der Regel ebenfalls um eine Wohnungsgemeinschaft handelt, kurz anzuschneiden.

1.) Wenn wir hierbei zunächst Begriff und Wesen des Mitbesitzes zu ergründen suchen, so gibt uns in dieser Richtung wohl Rosenberg[1]) mit seiner klaren und präzisen Begriffsbestimmung den besten Ausgangspunkt unserer Betrachtungen. Nach ihm bedeutet Mitbesitz im Sinne des § 866 BGB.: Die gemeinschaftliche Sachherrschaft mehrerer Gleichgeordneter über eine Sache oder einen Sachteil als Ganzes, wobei sich das Vorliegen eines Mitbesitzes im Einzelfall nach der Verkehrsanschauung bestimmt. Daraus aber ergibt sich, wie Rosenberg richtig folgert, als grundlegendes Erfordernis eines jeden Mitbesitzes das Vorliegen einer gewissen **Gleichberechtigung**, die es jedem der Mitbesitzer gestattet, den andern im Rahmen seiner tatsächlichen Gewalt im Besitz zu beschränken. In innerlicher Uebereinstimmung spricht daher auch v. Seeler[2]) von einem gewissen „Verbietungsrecht", das dem einzelnen Mitbesitzer gegenüber dem andern zustehen müsse; eine Ansicht, die ihre logische Begründung schon in dem Erfordernis der gemeinsamen Ausübung der tatsächlichen Gewalt finden muss. Legen wir diese Wesenssymptome des Mitbesitzes unsern Ausführungen über einen ev. Mitbesitz bei dem Institut der elterlichen Gewalt zugrunde, so erscheint es verständlich, dass bei dem der elterlichen Gewalt charakteristischen Subordinationsverhältnis jedenfalls grundsätzlich ein Mitbesitz des Kindes an seinem Vermögen ausgeschlossen erscheint.

2.) Mag es schon bei der eheherrlichen Gewalt immerhin zweifel-

[1]) a. a. O. zu § 866, I. S. 105.

[2]) Miteigentum nach dem BGB. (1899) S. 5, 11 ff. 35 ff., und in Iherings Jahrb. Bd. 44. S. 363 ff.; so auch Oertmann im Arch. f. bürg. Recht Bd. 17. S. 343; Krüger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 28. S. 838 f; andrer Ansicht fälschlich M. Wolff: Der Mitbesitz nach dem BGB. n Ilherings Jahrb. Bd. 44. S. 149 ff.

haft sein, ob trotz des § 1373 BGB. an dem von dem Ehegatten gemeinsam benutzten Hausgut ein Mitbesitzverhältnis anzunehmen ist[1]) so muss es jedenfalls bei der Stellung des Vaters unstreitig feststehen, dass derselbe regelmässig die von der Verkehrsanschauung anerkannte natürliche Sachherrschaft **allein** ausübt und dem Kinde lediglich den mittelbaren Besitz verschafft[2]). Doch soll nicht geleugnet werden, dass nicht nur bei der Ehefrau, sondern auch bei dem Hauskind eine durch das Raumverhältnis bedingte besonders enge und nahe Beziehung zu dem ihm gehörigen und von ihm benutzten Hausgut vorliegt und daher, rein äusserlich betrachtet, die Annahme einer von ihm gleichzeitig mitausgeübten tatsächlichen Herrschaft oder, wie Kress[3]) sich ausdrückt, eines gewissen Mitgewahrsams gerechtfertigt erscheint. Dieser Tatsache steht jedoch entgegen, dass das auch hier den Ausschlag gebende Gemeinbewusstsein diesen äusserlichen Mitgewahrsam des Kindes wohl nur in den seltensten Fällen als tatsächliches Machtverhältnis gleichzeitig **neben** dem des Vaters ansprechen wird[4]), wobei es ganz dahingestellt bleiben kann, ob nicht schon der Verwaltungsbesitz des Vaters als solcher unter gleichzeitiger Vermittlung des mittelbaren Besitzes einen Mitbesitz gemäss § 866 von vornherein ausschliesst[5]). Entscheidend ist eben, dass die Anschauung des Verkehrs eine Mehrheit von Sachherrschaften bei der Natur des elterlichen Gewaltverhältnisses regelmässig nicht anerkennen wird[6]).

3.) Damit soll aber auch hier die Möglichkeit eines Mitbesitzes in zahlreichen Ausnahmefällen nicht bestritten werden, was nach den vorausgegangenen Erörterungen, die bei der Beurteilung der besitzrechtlichen Stellung des Gewalthabers allgemein den Einzelfall in den Vordergrund stellten, wohl keines weiteren Beweises bedarf.

---

[1]) Richtiger Ansicht nach ist mit der herrschenden Lehre anzunehmen, dass, falls der Ehemann die Sachen der Frau in Gebrauch nimmt, er in Ausführung des ihm durch § 1373 geg. Rechtes handelt, damit unmittelbarer Besitzer wird und seiner Frau lediglich den mittelbaren Besitz verschafft.

[2]) Auch diesen Unterschied übersieht anscheinend Wolff. Vgl. S. 149.

[3]) a. a. O. S. 281.

[4]) Richtig daher auch Kress S. 281, der darauf abstellt, dass die Verkehrsanschauung einem einzelnen Inhaber des Mitgewahrsams eine Ueberwiegende Machtstellung verleiht und demzufolge einen Alleinbesitz an der Sache zuschreibt.

[5]) Vgl. R. G. R. K. zu § 866, 1 am Schluss.

[6]) Selbst Wolff S. 158 geht davon aus, dass jeder der Mitbesitzer „Gewaltherr" sein muss.

So ist z. B. als Mitbesitz der Fall denkbar, dass ein vom Vater und Sohn abwechslungsweise gerittenes Pferd oder ein gemeinsam benutztes Motorrad dermassen untergebracht ist, dass jeder der beiden zu dem betreffenden Raum einen Schlüssel innehat, wobei es sogar unerheblich wäre, wenn der Sohn sich gegen Wissen und Willen seines Vaters durch Anfertigung eines Nachschlüssels die tatsächliche Sachherrschaft verschafft hätte. Aehnlich gelagert ist auch der Fall, dass ein vom Sohn bewohntes Zimmer oder ein Sommerhäuschen Vater und Sohn dergestalt zugänglich ist, dass jeder eine von dem andern unabhängige und von der Allgemeinheit anerkannte Herrschaft auszuüben imstande wäre. Hierbei ist jedoch zu betonen, dass die Grenzen in allen diesen Fällen sehr fliessend sind, und im Einzelfall oftmals eher ein Alleinbesitz des Sohnes (vgl. oben) oder ein vermittelnder Besitz des Vaters anzunehmen sein wird. Zu erwähnen ist endlich der wohl seltene, aber immerhin mögliche Fall, dass Vater und Sohn eine Sache im sog. Mitverschluss haben, sodass nur die zur Personeneinheit verbundenen Mitbesitzer die körperliche Gewalt auszuüben imstande sind.

4.) Neben diese Tatbestände treten dann weiterhin die Fälle des sog. Gesamthandbesitzes, wobei die Natur der Rechtsgemeinschaft ein entsprechendes Mitbesitzverhältnis bedingen kann, obwohl, wie mit Rosenberg[1]) anzunehmen ist, die Besitzverhältnisse grundsätzlich der Rechtslage nicht zu entsprechen brauchen. Aus letzterem Grunde kann z. B. nicht geleugnet werden, dass auch bei einem im Miteigentum von Vater und Kind stehenden Gegenstand regelmässig eine alleinige tatsächliche Gewalt und somit ein Alleinbesitz des Vaters zu gelten hat. Andererseits ist aber bei Vorliegen einer Miterbengemeinschaft von Vater und Kind jedenfalls insolange ein durch Vererbung des Besitzes begründetes Mitbesitzverhältnis anzunehmen, als nicht der Vater sich die tatsächliche Gewalt der Nachlasssachen selbst verschafft und damit den gemäss § 857 BGB. auch auf das Kind übergegangenen Mitbesitz letzterem wieder entzogen hat[2]). Ausserdem ist ein mittelbarer Mitbesitz z. B. dann gegeben, wenn Vater und Sohn einen in ihrem Miteigentum stehenden Gegenstand oder eine ihnen als Miterben zu-

[1]) a. a. O. S. 106, zu § 866.

[2]) vgl. dazu Kniep. S. 191 gegen Josef im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 15 S. 287.

stehende Nachlasssache gemeinsam vermietet haben; überhaupt immer dann, wenn entweder eine gemeinschaftliche Berechtigung von Vater und Sohn, die Sachen herauszuverlangen (§ 432 BGB.) oder gar eine echte Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB.) als vorliegend zu erachten ist. Dabei muss es unerheblich sein, ob das betreffende Forderungsrecht von dem Kinde selbständig oder nur durch den Vater als seinen gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden kann, da es für die Annahme eines mittelbaren Mitbesitzes nicht auf das äussere Machtverhältnis, sondern lediglich auf die Gemeinsamkeit des Herausgabeanspruchs ankommen kann.

5.) Endlich wäre noch auf ein besonderes Mitbesitzverhältnis am Kindesgut hinzuweisen. Besteht nämlich zwischen dem Vater und seinem Abkömmling eine fortgesetzte Gütergemeinschaft im Sinne der § 1483 ff. BGB. und endigt diese aus einem der in dem § 1492 ff. festgelegten Gründen, so hat nach der Vorschrift des § 1497 die Auseinandersetzung zwischen dem Vater und seinem Abkömmling stattzufinden. Bis zur Auseinandersetzung tritt dann, wie sich aus dem Hinweis auf § 1472 ergibt, eine gemeinschaftliche Verwaltung des Gesamtguts durch den überlebenden Ehegatten sowie seinem Abkömmling an Stelle einer vorherigen alleinigen Verwaltung durch den Ehegatten. Damit aber ändert sich, ebenso wie bei § 1472, notwendigerweise die Besitzlage bezüglich der zu dem besonderen Vermögenskomplex, nämlich dem Gesamtgut gehörenden Gegenstände, unabhängig davon, ob der betr. Abkömmling unter elterlicher Gewalt steht oder nicht. Denn während bisher der Alleinbesitz des überlebenden Ehegatten infolge seiner alleinigen Verwaltungsbefugnis des Gesamtguts gerechtfertigt erschien, entsteht nunmehr zugleich mit dem Recht auf die gemeinschaftliche Verwaltung das Recht auf Mitbesitz, welch letzterer entweder vom Kinde selbst oder, soweit ein Pfleger bestellt und dieser die tatsächliche Gewalt ergriffen hat, von diesem zusammen mit dem überlebenden Ehegatten ausgeübt wird.

6.) Alle diese Beispiele zeigen uns zur Genüge, dass trotz des grundsätzlichen Ausschlusses von Mitbesitzverhältnissen am Kindesvermögen bei der Verschiedenartigkeit der tatsächlichen Gestaltung der Dinge solche immer noch in reichem Masse zu finden sind und auch von dem Gemeinbewusstsein des Volkes als solche anerkannt werden.

# II. Hauptteil.

# Die Besitzrechte des Gewalthabers.

## A) Im Innenverhältnis.

### § 7: Das In-Besitznahmerecht.

I. 1) Recht und Pflicht einer ordnungsmässigen Verwaltung, sowie die damit verbundene mehr oder weniger beschränkte Verfügungsmacht des gesetzlichen Vertreters bedingen, wie schon mehrfach betont, die Herstellung eines auch nach aussen in die Erscheinung tretenden Gewaltverhältnisses zur Sache. Diesem Bedürfnisse hat das Gesetz bei allen Verwaltungen fremder Vermögensmassen, wie z. B. durch den Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Ehemann und Vater dadurch Rechnung zu tragen versucht, dass es diesen allen, so verschieden auch sonst ihre Stellung und Tätigkeit sein mag, ein Recht zur In-Besitznahme, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, zuerkannte und dadurch allgemein einen Herausgabeanspruch gegen jeden, der sich im Besitze solcher Sachen befand, statuierte.

Dieses Recht übt also seine Wirksamkeit aus gegenüber jedem, der Sachen, die dem der Verwaltung unterliegenden Vermögen angehören, innehat, und stellt sich somit nicht als ein blosses Forderungsrecht, sondern als ein absolut wirkendes Herrschaftsrecht dar. Trotzdem aber ist dieses Recht nicht als ein dingliches anzusprechen, da das Gesetz den Verwaltern gerade **keine** unmittelbare Herrschaft über die Sache selbst, sondern lediglich die Befugnis verleiht, ihre Herrschaft auf einen ihrem Verwaltungsrecht dienenden Vermögenskomplex zu erstrecken.

2) Kann in allen oben erwähnten Fällen an dem Bestehen eines Klagerechts auf Herausgabe des einer fremden Verwaltung unterliegenden Vermögens kein Zweifel bestehen, so gibt uns das Gesetz andrerseits keinerlei Aufschluss darüber, ob sich dieses Recht auch im Wege einer eigenmächtigen Wegnahme verwirklichen lässt.

Aufgabe der wissenschaftlichen Auslegung ist es daher, diese Lücke des Gesetzes, dem Willen des Gesetzgebers, sowie dem praktischen Ergebnis entsprechend auszufüllen.

Diese Auslegung wird jedoch erschwert nicht so sehr durch die sich verschieden auswirkende Stellung der einzelnen Verwaltungsbesitzer, als insbesondere durch die sich völlig widersprechenden Ansichten, die bei der Entstehung des für unsre Frage besonders wichtigen § 1373 BGB. zu Tage traten. Wen mag es daher wundern, dass bezüglich des Inbesitznahmerechtes des Ehemanns bald nach Einführung des BGB. ein heftiger Streit entbrannte, der bis heute noch keine endgültige Entscheidung gefunden hat?

Einig ist man sich lediglich darüber, dass allen Vermögensverwaltern gegenüber Dritten, die sich im Besitz von Sachen des betreffenden Vermögens befinden und eine freiwillige Herausgabe verweigern, der Weg der Eigenmacht versagt sein muss. Dies erscheint jedoch selbstverständlich und bedarf in Anbetracht unsrer modernen Gesetzgebung, die **eine Eigenmacht grundsätzlich[1]) verbietet** und nur in besonderen, ausdrücklich im Gesetz erwähnten Ausnahmefällen von der Regel abweicht, keiner weiteren Begründung.

Stellen wir diesen in BGB. deutlich zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers auf möglichste Ausschaltung des den Rechtsfrieden störenden Gewaltrechts an die Spitze unserer Betrachtung und berücksichtigen wir weiter, dass das Gesetz überall, wo es ein Recht zur Inbesitznahme gewährte, zwischen Dritten und dem Begründer des Verwaltungsbesitzes nicht unterschied, so kann es unsrer Ansicht nach keinem Zweifel unterliegen, dass auch im Innenverhältnis **regelmässig** d. h. soweit nicht die besondere Natur der internen Rechtsverhältnisse notwendig zu einem anderen Ergebnis und zu einer anderen Auslegung des gesetzgeberischen Willens zwingt, **eine Eigenmacht nicht gerechtfertigt werden kann[2])**. Diese Erkenntnis gibt uns daher auch den Schlüssel zu dem bei § 1373 entstandenen Problem, da die Entstehungsgeschichte, wie wir sehen werden, nicht genügen kann, das Verbot der Eigenmacht hinreichend zu begründen[3]).

---

[1]) Vgl. § 858 BGB., sowie § 561 BGB., in welch letzterem § die Worte „ohne Anrufung des Gerichtes“ besondere Beachtung verdienen. Vgl. auch Oertmann, in Iherings Jahrb. Bd. 44. S. 212.

[2]) Die gleiche Auffassung vertritt Franz Oppenheim S. 23: Das Inbesitznahmerecht des Ehegatten, des T. V., K. V. und des Erben. Greifswald 1919.

[3]) Vgl. Oertmann in Iherings Jahrb. Bd. 44. S. 210.

3) Die Entstehungsgeschichte der § 1373 BGB. ergibt zunächst folgendes: Die Frage des Besitzrechts des Ehemanns am eingebrachten Gut tauchte erstmals auf in den Beratungen der zweiten Kommission, da der Entwurf I., auf römisch gemeinrechtlichem Boden fussend, eines Wegnahmerechts nicht bedurfte. Im Entwurf der Subkommission[1]) wurde dann der Antrag gestellt, folgenden Passus in das Gesetz aufzunehmen: „kraft seines Verwaltungsrechts darf der Mann die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz nehmen".

Hiebei wurde von verschiedenen Seiten betont, dieses Recht dürfe nur gegenüber der Frau gewährt werden, nur in diesem Fall sei der Ehemann zur Eigenmacht berechtigt; der Wortlaut des § lege jedoch die Vermutung nahe, als sei der Mann auch Dritten gegenüber zur Eigenmacht berechtigt. Dagegen wurde von andrer Seite geltend gemacht, der fragliche § könne dem Manne auch der Frau gegenüber lediglich ein Klagerecht geben[2]). Im Anschluss daran setzte dann die Redaktionskommission folgenden Wortlaut in § 1277 (Reichstagsvorlage § 1356) fest: „Der Mann ist zum Besitz der zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen berechtigt".

Hiegegen wurde in der Reichstagskommission behauptet, die ganze Vorschrift erscheine entbehrlich, da es selbstverständlich erscheinen müsse, dass der Mann berechtigt sei, das eingebrachte Gut in seinen Besitz zu nehmen. Dabei wurde von einzelnen (diese Meinung war jedoch nicht vorherrschend) betont, dass der Mann auch gegen den Widerspruch der Frau den ihm zustehenden Besitz erhalten müsse. Weiter wurde erklärt, dass der § zu der Vermutung Anlass gebe, als sei der Mann grundsätzlich, selbst wenn er keine tatsächliche Gewalt habe, Besitzer, eine Auffassung, die unbedingt vermieden werden müsse[3]). Auf diese Weise kam dann durch die Redaktionskommission der § 1373 zustande, ohne dass jedoch klar ersichtlich ist, welche Auffassung schliesslich den Sieg davongetragen und als dem § zu Grunde liegend angesehen werden kann.

Wir müssen daher auf den allgemeinen, oben festgestellten gesetzgeberischen Willen zurückgreifen und können beim Ehemann eine eigenmächtige Besitznahme nicht anerkennen.

---

[1]) Vgl. Prot. der Subk. Bd. 4 S. 165.

[2]) Vgl. Prot. Bd. 4 S. 5113.

[3]) Vgl. Kommissionsbericht Heymann, Berlin 1899 S. 137.

Dies wird auch von der herrschenden Lehre anerkannt[1]).

4) Zu demselben Ergebnis muss man aber auch bei dem Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker kommen. Auch ersterer erscheint lediglich als amtlich bestellter Verwalter und nicht als Vollstreckungsorgan[2]) und letzterem ist mangels gesetzlicher ausdrücklicher Bestimmung ebenfalls das Recht einer eigenmächtigen Inbesitznahme zu versagen[3]); nur für **den** Fall hat bei dem Testamentsvollstrecker eine andere Beurteilung Platz zu greifen, dass die Erbschaft noch gar nicht in die tatsächliche Gewalt des Erben gekommen ist, also eine gewaltsame Brechung eines fremden Willens gar nicht vorliegen kann. Ist es doch dem Begriff der Eigenmacht eigentümlich, dass der rechtlich anerkannte Herrschaftswille eines anderen, und zwar in einer von der Rechtsordnung missbilligten Weise, gebrochen wird[4]).

5) Eben diese, dem Schutze des allgemeinen Rechtsfriedens dienenden, im Gesetz deutlich zum Ausdruck gekommenen Wesenssymptome der verbotenen Eigenmacht müssen uns aber auch zu der weiteren Folgerung zwingen, dass in Abweichung von der oben aufgestellten Regel **bezügl. des Inhabers der elterlichen Gewalt wie des Vormunds eine gewaltsame Inbesitznahme des Kindesvermögens grundsätzlich gerechtfertigt erscheint.** Dabei soll nicht verkannt werden, dass bei einer **gegen** den Widerspruch des Kindes vollzogenen Wegnahme dessen rein natürlicher Herrschaftswille in erheblichem Masse beeinträchtigt wird, was zur Folge hat, dass bei einer von dritter Seite erfolgten Wegnahme von Sachen des Kindes unbedenklich eine verbotene Eigenmacht dem Kinde gegenüber anzunehmen ist[5]). Dessenungeachtet hat

[1]) Vgl. a. B. Schmidt zu § 1373; v. Blume zu § 1373; Planck zu § 1373; Rosenberg zu § 858, 5 S. 69; Lindemann-Sörgel zu § 1373; Matthiass § 231 S. 582; Wolff II, 2 § 47,3 § 62,1; Dernburg IV § 42,1 I, S. 135; Endemann II, 2 § 176 S. 353; Mayer-Reis S. 54; Oertmann in Jherings Jahrbuch, Bd. 44. S. 207 ff; Ullmann im Arch. für bürg. Recht Bd. 22. S. 106 ff. und Güterrecht S. 40; Kempe S. 46. Andrer Ansicht Cosack in 5. Aufl. § 322 I S. 574, anders jedoch in 8.—9. Aufl. § 48 S. 143, Crome Bd. IV S. 288, Anm. 12.

[2]) Denn wenn auch der Eröffnungsbeschluss einen Vollstreckungstitel darstellt, so hat der Konkursverwalter trotzdem noch kein Recht zur Eigenmacht, da er immer noch der Hilfe des Gerichtsvollziehers bedarf.

[3]) Vgl. Oertmann in Jherings Jahrb. Bd. 44. S. 260.

[4]) Vgl. Bruns, S. 58 f.

[5]) Vgl. Planck zu § 854, 2 am Ende S. 38: auch der Infans kann des Besitzschutzes nicht entbehren und es wäre grundlos, ihn aus rechtlichen Bedenken zu versagen.

nun aber das im Innenverhältnis zwischen Vater und Kind bezw. Vormund und Mündel bestehende, auf der gesetzlichen Vertretung beruhende elterliche Gewaltverhältnis im Regelfall eine den Willen des Kindes ausschliessende und somit die gewaltsame Wegnahme rechtfertigende Wirkung zur Folge[1]). Die Verletzung des tatsächlichen Herrschaftswillens durch die den rechtlichen Willen des Kindes zum Ausdruck bringenden Handlungen des gesetzlichen Vertreters kann daher grundsätzlich weder von der Rechtsordnung noch von der Verkehrsanschauung missbilligt erscheinen und ist nicht geeignet, eine verbotene Eigenmacht mit den von uns oben gekennzeichneten, dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Wesensmerkmalen zu begründen.

Denn während beim Ehemann die Ehefrau ihren auch rechtlich erheblichen Willen in einer dem Manne gleichberechtigten Stellung zum Ausdruck bringt, verkörpert sich der dem natürlichen Willen übergeordnete rechtsgeschäftliche Wille des Kindes — von Ausnahmen abgesehen — gerade in der Person des gesetzlichen Vertreters, der daher, falls er zur Inbesitznahme schreitet, den Willen des Kindes ersetzt und nicht in Widerspruch zu einem von der Rechtsordnung anerkannten, ihm entgegengerichteten rechtserheblichen Willen treten kann.

Abgesehen davon würde es aber auch der ganzen Natur des elterlichen Autoritätsverhältnisses bezw. der Stellung des Vormunds, auch dem praktischen Ergebnis völlig widersprechen, ja, es würde, wie Geissler[2]) richtig hervorhebt, auf eine Verneinung der elterlichen Gewalt hinauslaufen, wollte man vom Vater bezw. Vormund verlangen, klageweise gegen das in diesem Fall notwendigerweise durch einen Pfleger vertretene Kind vorzugehen.

Ein weiterer charakteristischer Unterschied zwischen der Stellung des Ehemanns und der des Vaters, die eine verschiedene Lösung der Frage des Wegnahmerechts rechtfertigt, zeigt sich endlich darin, dass die Inbesitznahme durch den Vormund oder durch den Vater, dessen elterliche Gewalt, vormundschaftsähnlichen Charakter auf-

---

[1]) Kempe S. 46 sagt richtigerweise: „Der der Besitzergreifung des Vaters entgegen gerichtete Wille kann keine Durchbrechung vom Rechtsstandpunkt erfahren."

[2]) a. a. O. S. 61 vgl. dazu auch Stolz S. 76.

weist, in erster Linie dem Interesse[1]) des Mündels bezw. Kindes selbst dient, während dem Ehemann der Besitz des seiner Verwaltung und Nutzniessung unterliegenden Vermögens vom Gesetzgeber in erster Linie zur Befriedigung seines **eigenen** Interesses, nämlich als Ausgleich für den von ihm zu tragenden ehelichen Aufwand, zuerkannt ist[2]).

Aus allen diesen Erwägungen heraus ist daher ein Wegnahmerecht des Vaters sowie des Vormunds grundsätzlich nicht zu leugnen. Daher haben auch alle Schriftsteller, die sich mit der Frage befasst haben, dieses Recht bejaht[3]), wobei sie zur Begründung ihrer Ansicht vor allem das auch von uns erwähnte charakteristische, elterliche Gewaltverhältnis in den Vordergrund stellen, ohne jedoch auf das besonders entscheidende Willensmoment und den damit zwangsläufig verbundenen Ausschluss der Widerrechtlichkeit bei einer gewaltsamen Wegnahme des Kindesvermögens irgend welches Gewicht zu legen.

II. Wenden wir uns noch event. vorhandenen Ausnahmefällen zu, so hat uns dabei mangels gesetzlicher Anhaltspunkte der auf den Umständen des Einzelfalls beruhende Wille des Gesetzgebers und die Anschauung des Lebens Richtschnur zu geben. Dabei ist zunächst zu betonen, dass sich bezüglich des Gesichtspunkts der verbotenen Eigenmacht eine scharfe Trennung etwa zwischen geschäftsunfähigen oder nur beschränkt geschäftsfähigen Personen nicht ziehen lässt. Auch der 7jährige Knabe nimmt gegenüber dem Vater keine andere Stellung ein als der sechsjährige; sein Wille ist ebenso wenig rechtlich relevant wie der eines Säuglings und auch das elterliche Autoritätsverhältnis erfährt keine andersartige Gestaltung.

Ist auch zuzugeben, dass mit der Weiterentwicklung des Kindes dessen eigene Willensfähigkeit immer mehr erstarkt, so wäre es trotzdem eine vollkommen willkürliche, durch das Gesetz

[1]) Von einem Widerstreit der Interessen kann keine Rede sein; vgl. Beschluss des OLG. Dresden vom 13. 1. 1912, in Seufferts Archiv Bd. 67. Nr. 36.

[2]) Vgl. vor allem Stolz S. 75.

[3]) Vgl. Rosenberg zu § 858 S. 69.
Vgl. Rhode Bd. XXII, S. 17, der auf das persönliche Verhältnis abstellt.
Kipp, II, 2 § 80. S. 368 und zwar, soweit die Gewaltanwendung sich mit der Erziehungsmacht rechtfertigt.
Geissler a. a. O. S. 61.
Stolz a. a. O. S. 76.

nicht zu rechtfertigende Annahme, wenn man das Wegnahmerecht des Vaters von einer beliebig festgesetzten höheren Altersgrenze, etwa vom 18. Jahre an, allgemein ausschliessen würde. Setzen wir z. B. den Fall: zwei im Elternhaus wohnende Söhne im Alter von 10 und 19 Jahren hätten von einem Dritten, jeder die gleiche Summe Geldes oder sonstige Sachen geschenkt erhalten und in ihre tatsächliche Gewalt genommen, so würde es dem natürlichen Empfinden, sowie jedem praktischen Ergebnis widersprechen, wenn man bei einer beiderseitigen Weigerung, die Sachen zur Verwaltung und Nutzniessung dem Vater herauszugeben, diesem zwar das Wegnahmerecht gegenüber dem 10jährigen Sohn gestatten, ihn aber andrerseits gegenüber dem 19jährigen auf eine Klage gegen diesen beschränken wollte.

Massgebend können auch hier nur die im Einzelfall vorliegenden und nach den Anschauungen der Allgemeinheit zu beurteilenden besonders gearteten Verhältnisse sein, die allerdings in vielen Fällen eine besondere Gestaltung der internen Rechtslage und somit auch einen Ausschluss des Wegnahmerechts bedingen dürften. Von vornherein vom Wegnehmerecht befreit erscheinen daher die die Rechtswohltat des § 112 oder § 113 BGB. geniessenden Minderjährigen, die, wie wir gesehen haben, im Rahmen ihrer selbständigen Stellung eine eigene Vermögensverwaltung innehaben und daher innerhalb dieses Rahmens nicht einmal einem klageweise geltend zu machenden Besitzrecht des gesetzlichen Vertreters unterliegen können.

Dabei ist aber weiterhin besonders zu betonen, dass unabhängig von der Möglichkeit einer klageweisen Geltendmachung, eine eigenmächtige Inbesitznahme auch bezüglich solcher Sachen nicht anerkannt werden kann, die vom Vater zwar als ein nicht unter § 112 bezw. § 113 fallender Erwerb zwecks Ausübung seines Verwaltungs- und Nutzniessungsrechtes in Anspruch genommen, vom Kinde aber auf Grund gegenteiliger Ansicht freiwillig nicht herausgegeben werden[1]). Denn auch in diesem Fall erscheint der

[1]) Bunsen im Arch. für bürg. Recht S. 73 betont: „Besteht Streit zwischen dem zum Besitzer berechtigten Verwalter und dem Eigentümer darüber, ob ein bestimmter Gegenstand der fremden Verwaltungsbefugnis untersteht, so kann der Verwalter die Sache nicht gegen den Willen des Eigentümers, falls dieser die tatsächliche Gewalt innehat, in Besitz nehmen, ohne sich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen".
Dazu auch Enneccerus § 80 S. 313.

Wille des Kindes, der um die Zugehörigkeit der Sachen zum verwaltungsfreien Kindesvermögen streitet, als Ausfluss seiner insoweit unbeschränkten Geschäftsfähigkeit rechtlich erheblich und darf im Interesse des Rechtsfriedens eine gewaltsame Beeinträchtigung nicht erfahren. Sache des Prozesses müsste es also sein, den Streitpunkt zu klären.

Endlich könnte man auf den Gedanken kommen, ein Verbot der Eigenmacht auch auf alle **die** Sachen zu erstrecken, die der Vater bereits ausdrücklich oder stillschweigend zu eigener Benutzung und Verwaltung überlassen hat (s. o.), und zwar von dem Gesichtspunkt ausgehend, dass es unbillig, ja geradezu dolos erscheinen müsste, wenn der Vater entgegen seinem ursprünglich geäusserten Willen die dem Kinde bereits überlassenen Sachen auf gewaltsame Weise wieder an sich ziehen könnte.

Ist nun auch nicht zu verkennen, dass, besonders gegenüber dem der Volljährigkeit nahekommenden Kinde, dieses Vorgehen des Vaters als eine besondere Härte und Unbilligkeit erscheinen kann, so ist doch andererseits zu sagen, dass dem Vater nicht nur in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter, der über die Sachen jederzeit rechtlich wie tatsächlich muss verfügen können, sondern besonders auch als Erzieher des Kindes grundsätzlich jederzeit das Recht zustehen muss, im Interesse des Kindes selbst diesem den Gebrauch gewisser Gegenstände wieder zu entziehen.

Sieht der Vater z. B., dass sein 20jähriger Sohn mit dem demselben gehörigen, ihm zu eigenem Gebrauch überlassenen Gewehr unvorsichtig umgeht, oder bemerkt er eine besonders leichtsinnige Verwendung des ihm zu eigener Verwaltung überlassenen Geldes, so kann man den Vater, der schon aus erzieherischen Gründen zu raschem Handeln verpflichtet ist, nicht auf den reichlich umständigen Klageweg verweisen.

Eine Ausnahme davon ist lediglich bezüglich **der** Vermögensstücke zu machen, die der Vater dem Kinde schon zu einem ganz gewissen Zweck z. B. zum Zwecke des Studiums, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, und zwar in bindender Weise endgültig überlassen hat. In diesen Fällen hat sich der Vater, z. B. bei seinem auswärts studierenden Sohn schon in Auswirkung seines Generalkonsenses, des Rechtes, auf gewisse Sachen, insbesondere das ihm

überlassene Geld, einzuwirken, derart entäussert, dass eine nachherige Wegnahme dieser Gegenstände als wider Treu und Glauben verstossend, von der Rechtsordnung nicht zu billigen wäre, somit als verbotene Eigenmacht im Sinne des Gesetzes erscheinen würde.

Abgesehen aber von diesen nach Treu und Glauben auch mit der Stellung des Gewalthabers nicht zu rechtfertigenden Einzeltatbeständen ist in der Regel, wie wir gesehen haben, dem Vater auch eine eigenmächtige Wegnahme des Kindesvermögens nicht zu versagen.

## B) Im Aussenverhältnis.

### § 8: Die sonstigen Besitzrechte des Gewalthabers.

1) Mit der im Regelfall vorhandenen besitzmittlerischen Stellung des gesetzlichen Vertreters verbinden sich zwangsläufig alle Rechte[1]), die das Gesetz zum Schutze seiner Stellung als Besitzer in den § 854 BGB. ff. aufgestellt hat. Auch hier ist es die Idee des allgemeinen Rechtsfriedens[2]), die die strikte Aufrechterhaltung der bestehenden äusseren Ordnung verlangt und demgemäss dem Gewalthaber in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Besitzer des Kindesvermögens alle die Rechte und Schutzmittel verleiht, die er zur Aufrechterhaltung der ungestörten Ausübung seiner Besitzerstellung nach aussen und innen bedarf. Daraus folgt zunächst, dass dem Gewalthaber nicht verwehrt sein kann, die sich aus dem Besitz ergebenden Klagerechte, insbesondere die eigentlichen Besitzklagen: nämlich den Anspruch des früheren Besitzers gegen den gegenwärtigen auf Wiedereinräumung des durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes, den Anspruch des gegenwärtigen Besitzes wegen eigenmächtiger Störung im Besitz auf Beseitigung der Störung und Unterlassung fernerer Störungen, sowie das Klagerecht des § 1007 BGB.. wenn erforderlich im **eigenen Namen** zu erheben. Denn abgesehen davon, dass es dem Vater an einem eigenen Interesse an dem Bestehen seines Besitzes nicht fehlen dürfte, verlangt es die Natur des Besitzschutzes, die, wie gesagt,

---

[1]) Geschützt wird auch der Fremdbesitz, so RG. Bd. 81. S. 66.

[2]) Vgl. Prot. Bd. III. S. 28, Staudinger Bd. III. Vorbem. zu § 854, II, 1. S. 14. Rosenberg Vorbem. zu § 854, 4 S. 12.

lediglich die Aufrechterhaltung des jeweils bestehenden äusseren Herrschaftsverhältnisses zur Sache bezweckt, die Besitzklagen des Vaters als Inhaber der elterlichen Gewalt in eigenem Namen zuzulassen.

2.) Diesen in **eigenem** Namen geltend zu machenden Besitzansprüchen des gesetzlichen Vertreters treten dann, wie überhaupt in allen Fällen des mittelbaren Besitzes, die sich aus § 869 ergebenden Klagerechte des Kindes an die Seite, die infolge der Prozessunfähigkeit des Kindes ebenfalls von dem gesetzlichen Vertreter, jedoch **im Namen des Kindes** geltend gemacht werden können. In Frage kommen auch hier in erster Linie die in den §§ 861, 862 BGB. festgelegten Besitzklagen, sowie die Ansprüche der §§ 867 und 1007 BGB., mit welch letzteren jedoch in analoger Anwendung des § 869 ebenfalls nur die Wiedereinräumung des Besitzes an den Gewalthaber bezw. die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache durch den unmittelbaren Besitzer verlangt werden kann[1]), mit Ausnahme **des** Falls, dass, wie § 869 BGB. bestimmt, der unmittelbare Besitzer, also der Vater, seinen Besitz nicht übernehmen will oder kann. Diese dem Kinde selbständig zustehenden[2]) und vom Vater geltend zu machenden Klagerechte setzen im übrigen lediglich voraus, dass der vermittelnde Besitz des Vaters eine Verletzung von dritter Seite erlitten hat. Denn eine Verletzung des mittelbaren Besitzes, ohne gleichzeitige Beeinträchtigung der tatsächlichan Gewalt als solcher erscheint undenkbar[3]) und ist daher der herrschenden Lehre[4]) beizustimmen, die den Schutz des mittelbaren Besitzes gemäss § 869 BGB. grundsätzlich von einer gegen den **unmittelbaren Besitzer** begangenen verbotenen Eigenmacht abhängig macht.

---

[1]) So auch Staudinger zu § 1007 I, 1 c. S. 635. Biermann zu § 1007, 1. Cosack Bd. II, § 190 V.

[2]) Kress S. 344|45 nimmt mit Ausnahme der Fälle der gesetzl. Vertretung bei § 869 BGB. regelmässig nur eine Nebenklagebefugnis des mittelbaren Besitzers an. So auch Wendt im Arch. f. zivil. Pr., Bd. 87. S. 53; andrer Ansicht mit Recht Crome zu § 354 Anm. 9; Hellwig: Anspruch u. Klagerecht S. 194 f. sowie Rosenberg zu § 869 BGB. S. 148.

[3]) Vgl. Rosenberg zu § 869, I. S. 145.

[4]) Vgl. Staudinger zu § 869, 1 e. S. 77; Kress S. 342 ff.; Rhode Bd. XXII. S. 110 f.; Rosenberg zu § 869. S. 146 und die dort angeg. Literatur. Vgl. RG. Bd. 68. S. 386.

Ist dies aber der Fall, so liegt immer eine Art Gesamtgläubigerschaft vor[1]), die bei dem Institut der elterlichen Gewalt und der damit verbundenen gesetzlichen Vertreterstellung des Vaters lediglich die Besonderheit erfährt, dass sich die Geltendmachung dieser zwei selbständigen Rechte in **einer** Person, nämlich der des Gewalthabers, konzentriert, womit es ins Belieben des Vaters gestellt ist, ob er bei einer Entziehung der zum Kindesvermögen gehörigen Sachen oder bei einer Störung seines Besitzrechts durch Dritte oder endlich bei Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 867 bezw. 1007 in eigenem oder im Namen des Kindes klagen will.

3.) Was nun im umgekehrten Falle die Frage der Passivlegitimation betrifft, so ist zunächst zu betonen, dass auch hier bei entsprechender Lage des Falles von § 861 sowohl der Vater wie das Kind von dem des Besitzes entsetzten Dritten, je nach dessen Belieben belangt werden können. Dies trifft z. B. zu, wenn der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes für dieses einen Gegenstand fehlerhaft erwirbt und damit auch der von ihm vertretenen Person lediglich einen fehlerhaften mittelbaren Besitz verschafft. Hier muss es dem Dritten freistehen, entweder den Vater als den eigentlichen Täter oder das Kind als fehlerhaften mittelbaren Besitzer auf Wiedereinräumung des ihm entzogenen Besitzes zu verklagen, da nach herrschender Meinung[2]) für die Klage aus § 861 auch ein mittelbarer Besitzer passiv legitimiert erscheint.

Dagegen erscheint **ausschliesslich das Kind** für die Besitzklagen passiv legitimiert zu sein, wenn es selbst in eigenmächtiger Weise einem Dritten den Besitz entzogen hat und sich danach entweder in fehlerhaftem unmittelbarem Alleinbesitz oder wenigstens in fehlerhaftem mittelbarem Besitz befindet, sofern es letzterenfalls den unmittelbaren Besitz seinem bezügl. der Fehlerhaftigkeit des Besitzes **gutgläubigen** gesetzlichen Vertreter eingeräumt hat. Kannte der gesetzliche Vertreter die verbotene Eigenmacht des Kindes, so müsste infolge § 858 BGB. die Besitzentziehungsklage gleichzeitig auch gegenüber dem Vater

---

[1]) Vgl. Wolff, Sachenrecht § 20 II. 2, 1. S. 51.

[2]) Vgl. Crome § 352, I. 1b; Endemann § 44, 3; Kress S. 336|37. Männer § 17. 35; Strohal S. 126; Biermann Erläut. zu § 861. 2 c; Rosenberg zu § 861 3 d S. 80. Andrer Meinung allerdings Bartels in Gruchots Beiträgen Bd. 42. S. 670; Rhode Bd. XXII. S. 29 ff.

durchdringen. Materiellrechtlich interessant ist dabei vor allem auch **die** Tatsache, dass die Minderjährigkeit des Kindes einer verbotenen Eigenmacht desselben prinzipiell nicht im Wege steht. Dies erklärt sich daraus, dass auch die Besitzentziehung und Besitzstörung natürliche Begriffe darstellen und daher im Gegensatz zur allgemeinen Delikthaftung kein Verschulden[1]), somit auch keine Deliktsfähigkeit im Sinne von § 828 BGB. voraussetzen. Hat also das Kind die Fähigkeit, einen auf den Erwerb der tatsächlichen Gewalt gerichteten natürlichen Willen zu äussern, so kann es damit auch fehlerhaften Besitz erwerben und erscheint darnach für die Besitzklage eines Dritten ohne weiteres auch passiv legitimiert.

Es ist sonach für den Dritten lediglich bedeutsam, festzustellen, ob die Voraussetzung der betr. Besitzklage **selbständig** in der Person des in Anspruch genommenen, sei es des Vaters, sei es des Kindes begründet liegen. Auch Kress[2]) weist mit Recht darauf hin, dass, wenn z. B. ein Vormund eine von seinem Mündel eigenmächtig erworbene Sache in Besitz nimmt, ohne von der Eigenmacht des Kindes Kenntnis erlangt zu haben, damit keinen fehlerhaften Besitz erwirbt; weshalb in diesem Falle die Klage des § 861 notwendigerweise gegen das Kind, vertreten durch seinen gesetzlichen Vertreter, jedoch nicht gegen den gesetzlichen Vertreter als solchen zu richten ist.

4.) Im Gegensatz zu den bei den Besitzklagen entwickelten Grundsätzen stehen die in § 859 BGB. niedergelegten Selbstschutzrechte, soweit der Vater das Kindesvermögen in unmittelbarem Besitze hat, ausschliesslich diesem zu. Dies ergibt sich daraus, dass der mittelbare Besitz, wie in Theorie[3]) und Praxis allgemein anerkannt, eines besonderen Selbstschutzes grundsätzlich entbehrt. Letztere Annahme rechtfertigt sich vor allem damit, dass der Gesetzgeber den mittelbaren Besitz und dessen Rechte in den §§ 868 bis 871 erschöpfend geregelt, insbesondere in dem den mittel-

---

[1]) Vgl. Kress S. 329 Biermann; S. 17.

[2]) a. a. O. S. 337.

[3]) Vgl. z. B. Biermann Anm. 2 zu § 868; Isay S. 339; Strohal S. 51 ff.; Kress S. 332 f.; Crome § 350 Anm. 43 und § 354,1; Rhode, Bd. XXI. S. 41, Bd. XXII. S. 19 u. 25; Wendt im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 87. S. 56 ff.; Rosenberg zu § 859 S. 74. Anders allerdings Buhl S. 39 f.; Gierke § 116 Anm. 14/15; Eck S. 34 ff; Gärtner S. 151 ff; Wolff: Sachenr. § 20, I, 2 S. 51.

baren Besitz besonders regelnden § 869 den Selbstschutz wohl absichtlich nicht erwähnt hat. Die Lösung entspricht aber auch der Zweckmässigkeit und dem praktischen Bedürfnis. Denn, hat das Kind keine eigentliche tatsächliche Gewalt, sondern lediglich den auf einer besonders nahen Beziehung zur Sache beruhenden mittelbaren Besitz, so wird die verbotene Eigenmacht ganz eigentlich dem Vater gegenüber, dessen Wille für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt massgebend ist, und nur indirekt dem Kinde gegenüber begangen. Die Verletzung einer nicht auf unmittelbarer Gewalt, sondern auf besonderem Rechtsatz beruhenden Besitzerstellung des Kindes kann aber nach Sinn und Willen des Gesetzes zweifellos nicht genügen, auf dasselbe die nur dem unmittelbar Angegriffenen verliehenen Selbstverteidigungs- bezw. Selbsthilferechte im Sinne des § 859 BGB. zu übertragen. Dabei ist weiterhin zu betonen, dass der mittelbare Besitzer überhaupt nur selten in einem solchen räumlichen Verhältnis zur Sache stehen dürfte, dass er zur sofortigen Abwehr oder Wiederbemächtigung der ihm entzogenen Sache in der Lage wäre. Zum mindesten aber wird ein nur mittelbar Angegriffener der Beurteilung, welches Mass von Gewalttätigkeit zur Abwehr im einzelnen Falle erforderlich ist, nicht fähig sein, sodass er bei Verleihung der Rechts aus § 859 gleichzeitig einer dauernden strafrechtlichen wie zivilrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt wäre, was nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann.

Ein allgemeines Selbstschutzrecht ist daher für den mittelbaren Besitzer im vorliegenden Fall für das Kind nicht gegeben. Damit steht aber nicht im Widerspruch, dass dem Kinde das besonders geregelte Verfolgungsrecht des § 867, das keine unmittelbare Gewaltanwendung in sich schliesst, insoweit zugesprochen werden muss, als der Vater, wie schon erwähnt, den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will.

Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, dass dem Kinde **insoweit**, als es selbständigen unmittelbaren Eigenbesitz oder auch nur Mitbesitz geniesst und damit in einem engen räumlichen Verhältnis zu seinen Sachen steht, auch die Selbstschutzrechte des § 859 ganz allgemein zustehen, zumal Geschäftsfähigkeit für die Ausübung des Selbstschutzes vom Gesetze nicht verlangt wird. Erwähnenswert ist, dass aber auch in diesem Fall der Vater kraft

seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter des Kindes die Fähigkeit besitzt, an dessen Stelle die Selbstschutzrechte vorzunehmen[1]).

5.) Abgesehen von diesen in den §§ 854ff. geregelten eigentlichen Besitzfolgen finden nun aber auch die sonstigen, an den verschiedensten Stellen des BGB. geregelten, nicht weniger wichtigen Besitzwirkungen bei dem Vater als Verwaltungs- und Nutzbesitzer volle Anwendung. Da jedoch das Institut der elterlichen Gewalt in dieser Hinsicht keine Besonderheiten bedingt, möchten wir es uns versagen, auf diese Folgen im einzelnen näher einzugehen. Betont sei nur, dass dem unmittelbaren Besitz des Vaters der öffentliche Glaube zusteht, dass der Besitz des Vaters wie jeder andere als rechtsgeschäftliches Uebertragungsmittel fungiert, die Ausübung des Rechtes aus § 268 1 Satz 2, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes wegen Verwendungsersatzes, oder sonstiger an den unmittelbaren Besitz geknüpfter Rechte ermöglicht, und ausserdem Gegenstand eines Schadenersatzanspruches auf Grund unerlaubter Handlung gemäss § 823 BGB.[2]) oder eines Bereicherungsanspruches gemäss § 812 BGB. sein kann.

Anderseits richten sich alle nach dem Gesetz gegen den „Besitzer" gehenden Ansprüche regelmässig auch gegen den Vater in seiner Eigenschaft als unmittelbaren Besitzer wie z. B. die Klage auf Grund früheren Besitzes (§ 1007), der Anspruch auf Aufsuchung und Abholung (§ 867 BGB.) oder das Verlangen auf Vorlegung von Sachen (§ 809 ff. BGB).

6.) Von besonderer Bedeutung ist endlich der Besitz des Vaters für die Frage einer eventuell bestehenden Tierhalterhaftung gemäss § 833 BGB. Denn auch das Tierhalterverhältnis ist ein tatsächliches, kein rechtliches und daher ohne einen mittelbaren oder unmittelbaren Besitz überhaupt nicht denkbar. Da andererseits die Frage des Eigentums für den Begriff der Tierhaltereigenschaft unwesentlich erscheint und der Vater das Tier, in Ausübung seiner regelmässig vorhandenen väterlichen Nutzniessung üblicherweise in eigenem Interesse[3]) verwenden dürfte, ist nicht

---

[1]) So auch RG. 64. S. 386.

[2]) Vgl. RG. 59, S. 328 ff.; RG. 91. S. 65.

[3]) Dies ist der entscheidende Gesichtspunkt vgl. RG. 62. S. 79, RG. 66. S. 1.

daran zu zweifeln, dass der Vater, ebenso wie der Ehemann hinsichtlich der zum eingebrachten Gut gehörenden Tiere, normalerweise als Tierhalter im Sinn des § 833 BGB. anzusehen ist.

Dagegen ist eine Schadensersatzpflicht des Vaters gemäss § 836 BGB. schon um deswillen von vornherein ausgeschlossen, als § 836 einen Eigenbesitz voraussetzt und der Besitzmittler notwendig als Fremdbesitzer erscheint[1]).

Fassen wir das Gesagte zusammen, so wäre festzustellen, dass der Gewalthaber, soweit er sich im unmittelbaren Besize des Kindesvermögens befindet, nach dem modernen Recht eine mit allen Rechten und Pflichten verbundene volle Besitzerstellung geniesst, womit das Gesetz seiner Stellung als Inhaber der elterlichen Gewalt nicht nur im Innenverhältnis, wie es seine Stellung erfordert, auch im Aussenverhältnis die gebührende Autorität verleiht.

---

[1]) So richtigerweise Rosenberg zu § 872 I, 2 und § 868 II, 2b.

# Lebenslauf.

Am 5. Mai 1903 wurde ich als Sohn des damaligen Hauptmanns Frhr. Kurt v. Watter in Koblenz geboren. Nach Versetzung meines Vaters nach Ludwigsburg ging ich zunächst in die dortige Vorschule, um später das humanistische Gymnasium in Cannstatt und seit Kriegsausbruch das Karlsgymnasium in Stuttgart zu besuchen. Dasselbe verliess ich Ostern 1921 mit dem Zeugnis der Reife. In der Folge widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Tübingen und Marburg und legte im Dezember 1925 an der Universität Tübingen die erste juristische Staatsprüfung ab. Seither bin ich im württ. Vorbereitungsdienst als Referendar beschäftigt.

Die Anregung zu dieser Arbeit erhielt ich von Herrn Prof. Dr. A. B. Schmidt, dem ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank sagen möchte.